

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



EL CONTRATO DE SERVICIOS

TESIS DOCTORAL DE:
LUIS SALVADOR GIRALDES GUTIÉRREZ

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
LUIS MANUEL COSCULLUELA MONTANER

Madrid, 2014

©Luis Salvador Giraldes Gutiérrez, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo.



Título de la tesis:

“EL CONTRATO DE SERVICIOS.”.

Doctorando: Luis Salvador, Giraldes Gutiérrez.

Director de la Tesis: Luis Manuel, Cosculluela Montaner.

En MADRID, 2013.

Fe de errores: Nuevo ÍNDICE.

ÍNDICE.

“EL CONTRATO DE SERVICIOS”.

INTRODUCCIÓN.....	1.
-------------------	----

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DE CONTRATO DEL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA MISMA.

Evolución histórica del contrato de servicios.

1. Introducción.....	17.
2. Origen y evolución histórica del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español.....	20.
2.1. Introducción.....	19.
2.2. Los orígenes del contrato de servicios en la legislación reguladora del contrato de obras públicas.....	25.
2.3. El contrato de servicios públicos, tronco común de las prestaciones del contrato de servicios y del contrato de suministro.....	41.
2.4. El contrato de servicios como un contrato administrativo por naturaleza y su ulterior evolución.....	49.
2.5. Otros tipos de contratos que han asumido prestaciones del contrato de servicios.....	54.
2.6. La satisfacción de las necesidades por medio de contratos civiles.....	70.
2.7. Evolución del contrato de servicios desde el año 1995 hasta hoy.....	75.
2.8. Evolución histórica del contrato de servicios en la normativa comunitaria. Consideraciones generales acerca de la evolución histórica de la figura contractual.....	85.

CAPÍTULO II.

**RASGOS CARACTERIZADORES DEL CONTRATO DE SERVICIOS.
CLASIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON OTROS CONTRATOS CON
LOS QUE GUARDA SIMILITUDES.**

I. Categorías generales y tipos de contratos del sector público, en particular el contrato de servicios. Concepto y clasificación del contrato de servicios.....	97
1. Consideraciones previas.....	97
2. Concepto de contrato de servicios.....	137
3. Tipos de contratos de servicios.....	145
4. Clasificación de los contratos de servicios.....	151
5. Breve referencia al concepto de contrato de servicios aportado por la legislación foral Navarra. El denominado contrato de asistencia.....	172
6. Breve referencia al concepto de contrato de servicios que ofrece la legislación francesa.....	175
II. Diferenciación del contrato de servicios con otros tipos contractuales con los que guarda similitudes.....	178
1. Distinción del contrato del Sector Público de Servicios de los contratos civiles de obras y de servicios.....	179
2. Distinción del contrato del Sector Público de Servicios con el contrato civil de mandato.....	188
3. Distinción del contrato del Sector Público de servicios con el contrato civil de transporte.....	191
4. Distinción del contrato administrativo de servicios del contrato de gestión de servicios públicos. Situación del problema. Propuesta de nuevo criterio de distinción.....	193
5. Distinción del contrato de servicios del de obras.....	241
6. Distinción del contrato de servicios del contrato de suministro.....	247
7. Distinción entre el contrato de servicios y el contrato de colaboración público privada.....	250
8. La utilización abusiva de las subvenciones para ocultar contratos administrativos típicos de servicios.....	278

9. El contrato de servicios configurado como un contrato administrativo especial....	293
--	-----

CAPÍTULO III.

ELEMENTOS DEL CONTRATO. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

I. Elementos del contrato	298
A. Sujetos.	299
B. Consentimiento.....	355
C. Objeto.Especial referencia al fraccionamiento del objeto del contrato. Análisis de la problemática que plantean los contros mixtos de servicios.	359
D. Causa.....	368
E. Forma.....	371
F. Precio del contrato.....	374
II. El expediente de contratación	381
III. La adjudicación del contrato de servicios	411

CAPÍTULO IV.

REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

A. Contenido y límites	496
1) Limitación, en cuanto, a los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.....	496
2) Disposiciones específicas entorno a los derechos de propiedad intelectual e industrial.....	498

3) Los contratos de servicios del sector de la defensa y la seguridad.....	503
--	-----

B. Comentarioa al artículo 304.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.....	509
1) <i>Introducción al problema</i>	509
2) <i>Núcleo del problema</i>	510
3) <i>Posiciones jurisprudenciales</i>	514
4) <i>Situación de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público</i>	516
5) <i>Perspectivas de futuro</i>	519
C. Disposiciones específicas acerca de la determinación del precio.....	523
1) <i>Consideraciones generales entorno al precio en el contrato de servicios</i>	523
2) <i>Problemática que plantean los contratos en los que se produce un predominio de las prestaciones de caracter intelectual. Sobre la dificultad de cuantificar este tipo de prestaciones</i>	527
D. Sobre la desaparición de la exigencia de informe de insuficiencia de medios.....	528
E. Duración del contrato de servicios.....	531
F. Particularidades del regimen jurídico de la contratación de actividades docentes.....	539
G. De las especialidades de los contratos de elaboración de proyectos.....	542
H. Especialidades o variantes del contrato del sector público de servicios: El contrato de gestión de autovías y las contratación de servicios de telecomunicaciones.....	546
a) El contrato de gestión de autovías.....	546
b) Especialidades de la contratación de servicios de telecomunicaciones.....	553

CAPÍTULO V.

LA VIDA DEL CONTRATO DE SERVICIOS.

A. Prerrogativas de la Administración durante la ejecución del contrato.....	558
--	-----

Fe de errores: Nuevo ÍNDICE.

1. Consideraciones generales sobre las prerrogativas de la Administración en el contrato administrativo.....	558
2. Potestad de interpretación del contrato.....	563
3. Potestad de modificación del contrato:.....	566
3.1. Introducción.....	567
3.2. Análisis del regimen del ius variandi.....	569
3.3. Especialidades que presenta la modificación del contrato de servicios...574	
3.4. Consideraciones sobre la influencia del derecho comunitario sobre el ius variandi.....	574
4. Potestad de dirección.....	577
5. Potestad de inspección del contrato.....	578
6. Potestad de resolución del contrato.....	579
B. Ejecución del contrato de servicios.....	579
1. Ejecución defectuosa y demora.....	579
2. Fragmentos de la ejecución.....	583
C. Cesión y subcontratación. Extinción del contrato.....	590
c.1.) Cesión.....	590
c.2.) Subcontratación.....	596
c.3.) Extinción del contrato.....	604
CONCLUSIONES.....	627
BIBLIOGRAFÍA.....	635
ANEXO I: Resumen artículo 10.2 (español).....	670
ANEXO II. Resumen artículo 10.2 (ingles).....	681

AGRADECIMIENTOS:

Un trabajo como el que supone la elaboración de una tesis doctoral, implica esfuerzos en muchos ámbitos de la vida, y también recibir apoyos desde dos ámbitos principalmente: El personal y el académico.

Desde el punto de vista personal, quiero agradecer su apoyo a mis padres, que siempre me han ayudado en todo lo que he necesitado y han sido un modelo y ejemplo constante para mí; a mi mujer , con quien he compartido todo a lo largo de los años, siendo su cariño, paciencia y apoyo uno de los mayores bienes de los que dispongo. Con ella comparto la mayor ilusión de nuestras vidas, que es nuestra hija Sofía, y a todos ellos les dedico todo este trabajo.

También en el plano personal, quiero agradecer a mis grandes amigos José, Nacho, Santi, Paco, Álvaro, y Jorge todos los años de amistad que hemos compartido (que son muchos).

Desde el punto de vista académico y también personal, le estoy profundamente agradecido a Gilberto Pérez, siempre me ha atendido y ayudado con gran paciencia, a Fernando Sequeira, por su amabilidad y buena disposición. Y principalmente, al profesor Cosculluela, mi director de tesis, sin ninguna duda sin su apoyo, ayuda y comprensión nunca habría llegado a este momento. Tuve la suerte de ser su alumno en la Facultad de Derecho, durante mis años de opositor, su Manual y sus apuntes de clase se sirvieron para entender la disciplina, y ahora culmino este proceso entregando una tesis doctoral bajo su tutela, mis más sinceras gracias.

El principal problema que plantean unas palabras de agradecimiento, en un trabajo tan prolongado, es que se es injusto, con determinadas personas que por descuido no se menciona, a ellos les pido disculpas.

DEDICADO:

A mi hija SOFÍA, a mi mujer IDOIA y a mis padres.

Con todo mi cariño.

I. INTRODUCCIÓN:

El derecho administrativo siempre ha estado en íntima conexión con la sociedad, esta conexión es una consecuencia de los principios de vicariedad y de eficacia que se consagran en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978¹. Una sociedad sometida a constantes y profundos cambios, cada vez más compleja y sofisticada exige complejas intervenciones a la Administración² y con ellas una continua renovación y adaptación de su derecho propio

¹ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, nº 3, 1950, pág. 54, dice que: “Las antiguas fronteras entre el Estado y la Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden.”. Sobre las conexiones entre Administración y sociedad, creo que son especialmente significativas las aportaciones de A.M. DEL BURGO Y MARCHÁN, *La Administración asediada*, Revista de Administración Pública, nº 100-102, 1983, pág. 806, dice citando a Luis Jordana de Pozas que: “...la Administración se encuentra tras de todo ciudadano, como la sombra al cuerpo, ya que ni siquiera se puede cruzar la calle sin observar las normas del Código de Circulación.”. También J.M. GIMENO FELIÚ, *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, Revista de Administración Pública, núm. 137, 1995, pág. 147, dice que: “...como destaca el profesor Fernández Farreres, que la evolución del Derecho Administrativo pasa en la actualidad por la problemática surgida en torno al hecho caracterizador de la moderna Administración, o sea, alrededor del fenómeno del intervencionismo económico y del sistema prestacional que ha puesto en marcha el Estado Social.”. N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 1990, pág. 15, dice que: “Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en ésta o en aquella dirección.”. También E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Española. Estudios de ciencia de la Administración*, 6ª edición, reimpresión, Civitas, 2000, pág. 57, cita a Alejandro Oliván y la opinión que tenía sobre la Administración: “La Administración pública, rota la valla del miserable círculo fiscal..., se presenta y deja contemplar extensa, tutelar, benéfica, creadora, presidiendo a los destinos del país, y proveyendo de elementos de poder y grandeza al Estado.”. En este sentido el profesor M. GARCÍA PELAYO, nos recuerda que el modelo usualmente conocido como estado liberal comenzó a experimentar cambios significativos a partir del último tercio del siglo XIX, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1982.

² J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial ...*, op. cit., pág. 55, dice que: “El Estado moderno se enfrenta gradualmente con más y más fines que cumplir.”. De los riesgos que estas intervenciones de la Administración pueden suponer para la libertad e independencia de los ciudadanos, ya advirtió Ernst Forsthoﬀ, sintetiza sus opiniones el profesor F. SOSA WAGNER en su excelente libro: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoﬀ, coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, 2008, pág. 33, dice que: “De ahí que advierta a la doctrina de su época de lo que debe ser su preocupación máxima: evitar que esas funciones sociales del Estado-imprescindibles y que no pueden desactivarse a menos de poner en cuestión el mismo Estado moderno- sean convertidas en funciones de dominación o, dicho de otra forma, lo que urge es garantizar al individuo una esfera autónoma de libertad al margen y no sólo en el seno de la organización estatal.” También sobre el concepto de procura existencial, ver G. MEIL LANDWERDLIN, *El estado social de derecho: Forsthoﬀ y Abendroth, dos interpretaciones para dos posiciones políticas*, Revista de Estudios Políticos,

el derecho administrativo³. Como advirtiera tempranamente VILLAR PALASÍ, J. L se ha producido un cambio en las funciones clásicas de la Administración⁴, cambio que obliga a

núm. 42, 1948, dice, sobre el concepto de procura existencial de Forsthoff, que: “Para llegar al concepto de “procura existencial” del Estado hay que poner en manos del Estado la prestación de servicios satisfactorios de necesidades individuales no realizables por el individuo si en la sociedad liberal la prestación de determinados servicios la acometía la sociedad civil o simplemente no la acometía, es decir, quedaban insatisfechas las necesidades, o bien no se planteaban determinadas necesidades no necesariamente porque no se sintiesen sino porque no existía posibilidad alguna de satisfacerla, en la moderna sociedad industrial que concibe al Estado como Estado social, la prestación de tales servicios ha de ser efectuada por el Estado, y ello es lo que le constituye en Estado Social...”. Sobre la procura existencial MARTÍN RETORTILLO BLANQUER, L., *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, Revista de Administración Pública, núm. 38, 1962. Por otro lado, las intervenciones constantes de la Administración o del Sector Público deben ser medidas, reflexivas, evitando tener un carácter tempestivo o improvisado, porque así lo exige el principio de seguridad jurídica, en este sentido merece la pena citar la lúcidas reflexiones realizadas por Federico A. CASTILLO BLANCO, *El principio de seguridad jurídica : Especial referencia a la certeza en la creación del derecho*, Documentación Administrativa, nº 263-264, 2003, pág. 21, dice que: “La acción empresarial y la actividad de los operadores económicos y sociales se desenvuelve adecuadamente en condiciones de estabilidad en los mercados lo que plantea como reto que las innovaciones legislativas y los actos de los poderes públicos en general, inmersos en una dinámica de respuesta al ritmo económico y social, queden perfectamente equilibradas con las legítimas expectativas y promesas generadas a los destinatarios de éstas.”, la estabilidad de las decisiones administrativas es especialmente importante en el campo del derecho administrativo económico, así podemos decir con el autor citado que “no hay mercado sin confianza.”. Por otro lado, en cuanto al origen de la Administración y el comienzo de la expansión de sus funciones, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2000, pág. 180, dice que: “La Administración había tenido en la monarquía absoluta, especialmente en su última fase de despotismo ilustrado, un desarrollo espectacular. Aparte de las funciones tradicionales del orden público y de la guerra, las nuevas técnicas de fomento y el desarrollo de las ciencias y las artes (sanidad pública, caminos, puertos, canales, introducción de nuevos cultivos y especies vegetales, enseñanza, manufacturas reales, telégrafos, en seguida ferrocarriles, sanidad, astronomía, colonización interior y exterior, etc...) habían concluido por poner en pie un formidable aparato administrativo, desconocido en los tiempos anteriores. La Revolución, con su ideario de Ley y Tribunales como estructura básica de organización de la libertad, pudo dejar suponer –y no faltan voces que así lo propugnen– que esa vieja Administración real debía desaparecer, de modo que los individuos, por sí mismos, o mediante asociaciones libres, atendiesen sus necesidades. Pero no sólo ese ingenuo pronóstico no se cumplió, sino que ocurrió exactamente lo contrario, esto es, que como consecuencia de la Revolución la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe absoluto.”.

³ Sobre la problemática, que desde el punto de vista legislativo representa el Derecho administrativo, debemos citar al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpresión 2000, pág. 48 que dice que: “Frente a lo que Maurice Hauriou llamaba aún, a comienzos de este siglo, la sage lenteur, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían creando en cuanto a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes códigos, Carl Schmitt pudo hablar ya en 1946 de la “legislación motorizada”. Ortega (individuo y organización, conferencia de Darmstaap) denunció igualmente en 1953 “legislación incontinente”...Se ha establecido, sigue diciendo “la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro desaparezca, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente, como el personaje de Kafka, reo de no sabe qué posibles delitos.”.

⁴ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del...*, op. cit., pág. 60, dice que: “Con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico toda la clásica estructura categorial queda insuficiente, junto

los juristas a reinterpretar⁵ las figuras administrativas clásicas⁶ que debido al dinamismo social⁷ se reformulan, rediseñan⁸, mutan o desaparecen⁹.

El esfuerzo que es necesario hacer aumentar exponencialmente en el ordenamiento jurídico español debido a la propia división territorial que del Estado¹⁰, en donde los centros de

con la policía, fomento y servicio público es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica”. Esta cita evidencia el cambio continuo al que se ve sometido el derecho administrativo, cambio que hace al autor hablar de un abandono de las funciones clásicas del Estado. Actualmente, el contexto en el que se mueve la Administración es bien diferente al del momento en el que se escribió el artículo (contención del déficit público, globalización, etc...), no obstante su afirmación resulta actual, ya que evidencia el carácter contingente de esta rama del derecho.

⁵ La motorización legislativa y los cambios continuos a los que se tiene que enfrentar el derecho han conducido a la reformulación de figuras jurídicas clásicas en nuestro derecho positivo como es el caso del concepto de Ley, tal y como ha resaltado F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, fuerza de Ley, Valor de Ley*, Revista de Administración Pública, núm. 101-102, 1983.

⁶ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial..op. cit.*, pág. 71, dice que: “La crisis de los conceptos tradicionales de que se ha hecho somera mención obedece en esencia a dos motivos: en primer término, a una innegable mutación de la realidad administrativa; y en segundo término, a una distinta consideración de los procedimientos jurídicos utilizados por la Administración.”.

⁷ Sobre la conexión existente entre derecho público y sociedad, las siempre interesantes reflexiones de F. SOSA WAGNER, en *Juristas de la segunda república, I. Los ius publicistas*, Marcial Pons, 2009, pág. 9, dice que: “...y, sobre todo, los alojé en su contexto histórico, consciente de que el Derecho público no es sino la respuesta a los problemas de organización social que se viven en cada momento y en cada país.”.

⁸ Lo cambios en las figuras jurídicas provocados por la realidad social no son patente del derecho administrativo, sino que se dan en otras ramas del derecho, como es el caso del derecho civil, en este sentido M.BASSOLS COMA, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, Revista de Administración Pública, núm. 82, 1977, pág.79, dice que: “Las transformaciones sociales y el régimen de producción en masa han impuesto cambios sustanciales, deformando el modelo clásico de contrato hasta límites que lo hacen irreconocible, pudiendo hablarse de una auténtica crisis del contrato.”.

⁹ En el presente trabajo podremos contemplar de qué forma el citado rediseño ha afectado a los contratos que suscriben los entes que integran el sector público. A modo de ejemplo de los nuevos principios y conceptos que impregnan el ámbito de la contratación pública, podemos citar a J.M. GIMENO FELIÚ, en el artículo “*El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y sombras*”, Revista de Administración Pública, nº 176, 2008, pág. 10, dice que: “...la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos. Es decir, la contratación puede- y debe diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.”.

¹⁰ Al complejo número de entidades territoriales se debe añadir toda la galaxia de entes que integran la administración institucional, P. OLIVERA MASSÓ, *La problemática sobre la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación pública: La Administración instrumental en las Directivas y en el Acuerdo de contratación pública de la organización mundial del comercio*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998, dice que: “Una de las tendencias más significativas en la organización administrativa de los países desarrollados ha sido el llamado proceso de “descentralización funcional”, a través del cual las funciones ejecutadas por los gobiernos o administraciones centrales,

decisión y de producción normativa se multiplican y se entremezclan en un complejo entramado competencial que, en ocasiones, plantea problemas acerca de la responsabilidad y competencia de resolver una u otra necesidad¹¹, o regular una determinada materia.

A todos estos fenómenos que afectan al campo administrativo¹², se puede añadir la mutación que se ha producido en la visión que los ciudadanos tienen de la Administración. Actualmente los ciudadanos exigen servicios públicos de calidad y una mayor eficacia en las intervenciones públicas¹³, a lo que se une el deseo de que se produzca una eficaz asignación de los recursos económicos de que dispone el sector público¹⁴, cada vez más limitados.

regionales o locales han sido asumidas por organismos y entidades de carácter más o menos autónomo, que actúan sujetos, en mayor o menor medida, a un derecho diferenciado del aplicable a las entidades administrativas matrices.”. También puede consultarse M. LÓPEZ BENÍTEZ, *La Ley de contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de constitucionalidad y su ámbito de aplicación*, en *Estudios sobre la Contratación de las Administraciones Públicas*, COMARES, 1996.

¹¹ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento jurídico español, de 14 de febrero de 2008 (Nº: E 1/2007): “Nuestro derecho ha venido experimentando desde 1978 una mutación profunda en el plano político y administrativo. Muchas actividades de la Administración central han pasado a ser competencia de las Comunidades Autónomas, mientras que, de otro lado, la actuación del Estado en una esfera internacional cada vez más compleja y globalizada, y en particular su participación en la Unión Europea, han adquirido una creciente intensidad, que no siempre se ha visto acompañada de las necesarias decisiones en cuanto a organización, procedimientos, medios personales y financieros puestos a disposición de la maquinaria administrativa que desempeña esas funciones.”.

¹² La expresión campo administrativo, debe ser entendida en sentido amplio, lo que implica que no sólo abarca a la Administración, sino que comprende todo el Sector Público.

¹³ Sobre la reacción del Estado a las necesidades sociales, L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, cuadernos y debates, nº 30, 1991, pág. 12, dice que: “El Estado, sometido aún a la poderosa inercia de su propia evolución desde el Estado liberal de Derecho al Estado Social, se revela incapaz de reaccionar con la necesaria prontitud, energía e imaginación a las nuevas exigencias que las transformaciones sociales plantean con todo vigor y perentoriedad....La suma de ésta incapacidad a la combinación entre la progresión y el perfeccionamiento del Estado Social en conquistas sociales basadas en la filosofía de la gestión pública, de un lado, y la consolidación de éstas conquistas sociales en “derechos adquiridos” resistentes a su remoción, de otro, acaban determinando, en un contexto de incertidumbre sobre el futuro..., una imagen conflictiva, cuando no negativo del Estado, el cual se aparece como un gigante torpe y pesado.”.

¹⁴ La comentada mutación va en el sentido de que la Administración actualmente no presta servicios a súbditos, que se ven subordinados por el ejercicio de sus potestades; sino que los servicios se prestan a ciudadanos que disponen de instrumentos eficaces para exigir responsabilidades y para depurar la gestión que de los fondos públicos hace la Administración.

Por otra parte, los entes que integran el sector público sufren el impacto del proceso denominado globalización¹⁵. La Administración no es, ni puede ser indiferente a este proceso que lógicamente tiene reflejo en su derecho peculiar (derecho administrativo)¹⁶, ni a las técnicas de gestión e intervención del Sector Público¹⁷. Por último, no puede dejar de aludirse al profundo impacto derivado del desarrollo y la incorporación de las nuevas tecnologías de la comunicación¹⁸ a la sociedad y a la Administración, que ha llevado a caracterizar nuestra época y modelo social como la “Sociedad de la información”¹⁹, que

¹⁵ Muestra del fenómeno de la globalización y la necesidad cada vez más frecuente de que los problemas normativos, y las soluciones administrativas deben abordarse desde la óptica exterior es el hecho de que se llegue a hablar de un nuevo derecho social europeo, en este sentido Gr. GARZÓN CLARINA, *El nuevo derecho social de la comunidad europea: objetivos y medios*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 19, enero abril 1992.

¹⁶ Sobre los efectos que tiene la globalización sobre el derecho puede consultarse, el artículo de S. CASSESE *El espacio jurídico global*, Revista de Administración Pública, Núm. 157; 2002, el interesantísimo artículo de M. BALLBÉ: *El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*, Revista de Administración Pública, Núm. 174, 2007.

¹⁷ Los retos que la sociedad actual plantea a la Administración (Sector Público) y al derecho administrativo tienen su plasmación en diferentes ámbitos, el carácter dinámico del contexto actual ha hecho que nazcan al candelero de la motorización social, incluso nuevos principios generales del derecho asociados al cambio tecnológico tal es el caso del principio de precaución, que trata de mitigar los posibles riesgos asociados al progreso industrial y tecnológico, en este sentido C. CIERCO SEIRA, *El principio de precaución: reflexiones sobre el contenido y alcance en los derechos comunitario y español*, Revista de Administración Pública, núm. 163, 2004, pág. 73 y sig., dice que: “La irrupción de este principio, de precaución o cautela, trae causa de un nuevo sentir colectivo ligado a la voluntad de anticipar la acción de los poderes públicos a la concreción de nuevos riesgos o amenazas que ponen en jaque la salud o el medio ambiente; encierra por ello, un nuevo valor que con el tiempo va ganando firmeza: me refiero, claro es, a la seguridad frente a los graves riesgos que trae consigo el proceso industrial y tecnológico...”.

¹⁸ E. GAMERO CASADO, *Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 71/72, 2008, pág. 104, dice que: “Como fundamentalmente sostiene CASTELLS, durante el último cuarto del siglo XX la sociedad ha modificado radicalmente sus estructuras dando lugar a un nuevo período histórico, conocido como Era de la Información, y caracterizado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.”. M. E. CLEMENTE MEORO, *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 4/2000, 2000, pág. 59 a 86, Aranzadi, dice que: “El desarrollo tecnológico ha propiciado en los últimos años nuevos modos de comunicación que han abocado a lo ha dado en llamarse “sociedad de la información”. Entre tales innovaciones tecnológicas destaca la que resulta de la conexión en red de ordenadores, que ha generado un nuevo mercado, el “mercado electrónico”, en el que los operadores económicos (productores, intermediarios, consumidores) interactúan electrónicamente.....”.

¹⁹ Encontramos una definición legal de la sociedad de la información en el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que dice que: “Lo que la Directiva 200/31 CE denomina “sociedad de la información” viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento

potencia y acelera los cambios sociales y con ello las exigencias de los ciudadanos sobre la eficacia y actividades del Sector Público.

Los cambios profundos asociados a estos procesos que interactúan y complementan, constituyen hoy un notable desafío a las estructuras y formas de actuación de la Administración pública, necesariamente condicionada por las exigencias de estabilidad y racionalidad que exige el principio constitucional de seguridad jurídica. Esta tensión entre adaptación –que supone la continuada búsqueda de formas y títulos de intervención que atiendan las cambiantes demandas sociales definidas como intereses generales- y seguridad jurídica justifica las continuas consideraciones del Derecho Administrativo como un derecho en crisis, así como justifican su mutabilidad y permeabilidad a la incorporación de soluciones provenientes del sector privado o en colaboración con el mismo.

Parece lógico que este cambio o dinamismo revierta en mayores exigencias al Sector Público²⁰, que se ve impulsado a buscar mecanismos, instrumentos para conectarse con ese dinamismo²¹. Asimismo existen dudas sobre si las estructuras burocráticas clásicas serán

de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo modelo.” J. BARNES, *Sobre el derecho administrativo de la información*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 35, 2007, pág. 2, dice que: “La “sociedad de la información” no es un concepto jurídico, como tampoco lo es la “sociedad industrial”. Su análisis conecta de inmediato con otras ciencias. De ordinario se utiliza en sentido descriptivo como sinónimo de “era de la información”. Sin pretensión alguna de introducirnos en el rico debate de las ciencias sociales y políticas, puede ser suficiente, a nuestro limitado propósito, con notar provisionalmente que representa una forma de economía y un tipo de sociedad postindustrial en el que el protagonismo de la producción y de la distribución de bienes se desplaza hacia la obtención, el procesamiento y la distribución de información. La información y el conocimiento se incorporan en todos los procesos materiales de producción y distribución.”.

²⁰ El calificativo de Estado Social que utiliza la Constitución de 1978 implica una carga para el Sector Público, la obligación de mantener una conducta proactiva en la promoción de los derechos de los ciudadanos, en este sentido son siempre ilustrativas las afirmaciones de F. GARRIDO FALLA, *La Administración Pública después de la constitución*, en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989, pág. 487, dice que: “No constituye ningún contrasentido afirmar que la Constitución ha venido simultáneamente a limitar la actuación administrativa y, al mismo tiempo, a ampliarla de acuerdo con las exigencias del moderno Estado social de Derecho. Deber de abstención, en cuanto a la injerencia en las esferas jurídicas protegidas que constituyen los derechos fundamentales, y deber de prestación en el amplio campo de los derechos asistenciales, constituyen los rasgos típicos del Estado constitucional.”.

²¹ La necesidad de adaptación constante de la Administración a los cambios y demandas sociales, dimana del artículo 103.1 de la Constitución, en concreto del principio de eficacia, que se ha revelado como un principio pluriforme que afecta a todos los ámbitos del actuar de la Administración; a ese principio hay que añadir las

capaces de adaptarse a este dinamismo social, en este sentido se puede apuntar que las Administraciones españolas ya no son esas tortugas lentas que se movían bajo la influencia del modelo diseñado por WEBER, M, pero tampoco son guepardos capaces de responder al instante a las necesidades que plantea una sociedad tan cambiante. Parte del cambio conducente a adaptarse al dinamismo social puede provenir de las entrañas de la Administración²²; pero otra parte, quizás la cuantitativamente más importante debe provenir

consideraciones que se derivan de la configuración del Estado Español como un estado social (artículo 1.1 de la Constitución). Una lectura conjunta de esos dos preceptos conduce a concluir que constituye una obligación para el Sector Público la búsqueda de nuevas fórmulas para adaptarse a las necesidades sociales. El carácter motor y pluriforme del principio de eficacia ha sido destacado por J. B. LORENZO MEMBIELA, *Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública, núm. 164, 2004,. Sobre la cláusula Estado Social de Derecho contenida en la Constitución, P. LUCAS VERDÚ, *Artículo 1º. Estado social y democrático de Derecho*, En comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por OSCAR ALZAGA, Tomo I Cortes Generales, Madrid, 1996, pag. 98 y sig. Sobre la influencia que ejerce la cláusula Estado Social en la Administración, J.E. SORIANO, *El concepto de derecho administrativo y de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Revista de Administración Pública, núm. 121, 1990, págs.149 y sig.

²² Se puede pensar dentro de las líneas estratégicas de cambio interno, la mejora de la formación de los funcionarios, cambios en la política retributiva y de ascensos, dejando de ser la antigüedad un factor determinante de la promoción, etc....En este sentido puede consultarse C. ROCÍO, “*Modelos interpretativos del proceso de cambio de las organizaciones públicas y su posible aplicación a las administraciones autonómicas. El caso de la Administración de la Generalitat de Catalunya*.”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18; 1994, también D. SARACE, “*Tendencias innovadoras en la Administración Pública y el Derecho Administrativo italianos*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 15;1992, A. STEVENS “*Ética y códigos de conducta: Cuestiones actuales en la función pública Británica*.”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 24,1992, la autora analiza los principales cambios producidos en la función pública inglesa, aludiendo y analizando las estrategias de cambio. Dentro del análisis de las líneas del cambio, en el derecho comparado puede consultarse, “*Reflexiones en torno a los principales cambios producidos en la función pública norteamericana (1978-1998): mito y realidad*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 24. Mª L. FLORENSA I POTEU, “*La modernización de la gestión administrativa en la Generalitat de Catalunya*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, en este artículo se analizan las principales líneas estratégicas del cambio de las Administraciones públicas. K. ECHEBARRÍA ARIZNABONETA, “*Política de reforma y reforma de las políticas. El caso del Gobierno Vasco*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18; 1994, este autor destaca que en el País Vasco ha primado la preocupación por el entorno político, sobre la necesidad de abordar la evolución administrativa. A. LOSADA, “*La Administración autonómica gallega*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, A. J. POMAS NADALES, “*La administración andaluza entre la modernización y el clientelismo*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, “*La transformación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra: El reto de la modernización*.”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, pag. 118, dice este autor que: “La Administración, además de la legitimidad democrática y jurídica, precisa de una capacidad de respuesta a las necesidades de los ciudadanos.”. M. VILLORRIA MENDIETA, “*El fenómeno modernizador en la Administración de la Comunidad de Madrid*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, R- GOMÁ I QUIUM BRUGUÉ, “*Nuevos modelos de gestión y organización pública*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994, pag. 207, dice que: “Burocracia se ha convertido en sinónimo de ineficiencia, lentitud, rigidez y derroche de recursos.”. Toda esta serie de artículos citados no son más que una

del sector privado, más dinámico y cambiante, y por ello con una mejor capacidad para adaptarse a los cambios²³, además parece que en este momento ya se han abandonado o por lo menos matizado los viejos recelos a encomendar la prestación de servicios a sujetos provenientes del sector privado²⁴, se advierte por lo tanto un cambio cultural²⁵.

Es uno de los principales objetivos del presente trabajo demostrar que las figuras jurídicas, y muy especialmente las que regula el derecho administrativo son contingentes, respondiendo a la realidad a la que se enfrentan en cada momento, siendo precisamente esa realidad la que justifica que las mismas muten o desaparezcan²⁶, se puede decir que la realidad social es el motor que las hace cambiar (Esta afirmación es consecuencia lógica de todo lo que venimos exponiendo, ya que se fundamenta en las relaciones que existen entre Derecho administrativo y sociedad). Un buen ejemplo de estos cambios lo constituye la aparición y creciente utilización del contrato de servicios. En la actualidad puede comprobarse que la Administración no puede (o no quiere) satisfacer con sus propios

muestra de la preocupación doctrinal existente por profundizar en el análisis de las estrategias de cambio de las Administraciones.

²³ Muestra del dinamismo es que se llegue a hablar de nuevas ramas dentro del derecho administrativo asociadas a los cambios sociales, en este sentido, J BARNES, “*Sobre el derecho administrativo de la información*.”, Revista Catalana de Derecho Público núm. 35, 2007.

²⁴ Sobre el recelo que suscitó en el pasado este fenómeno, el profesor F. SOSA WAGNER, *Juristas en la segunda república*, op. cit, pág. 117, recuerda las palabras que al respecto pronunciaba Antonio Royo Villanova: “...Royo descarta que el servicio pudiera “abandonarse a los interesados” prescindiendo de toda idea de capacidad, pues- pregunta- “¿Quiénes son los interesados?. La cualificación técnica es fundamental, pero de nada valdría si quienes la poseen “no sintieran el valor moral de su función”. Por ello “hay un elemento personalísimo de gran valor espiritual, que es el resorte indispensable para toda obra colectiva, en la que el sujeto pone el ideal fuera y aun lejos de sí mismo: es la vocación. Si ha de ser el Estado definidor jurídico y el órgano administrativo de la solidaridad social, es preciso que los servicios públicos estén impregnados de ese espíritu generoso, altruista, de amplia y efusiva fraternidad humana.”.

²⁵ El propio contexto histórico actual de crisis económica es el que está motivando una nueva forma de concebir los servicios públicos, en la que resulta irremediable la participación del sector privado.

²⁶ Sobre el carácter contingente o mutable de la figura del contrato administrativo, son muy interesantes las aportaciones del profesor G. ARIÑO ORTIZ *El enigma del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 172, 2007, pág. 95, dice que: “...el contrato administrativo no posee una naturaleza fija o inmutable, sino una caracterización o calificación jurídica dinámica..... La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico y político del momento.”.

medios las necesidades que le plantea esta nueva sociedad cambiante y dinámica²⁷, por ello tiene que acudir a la colaboración externa para cumplir sus objetivos, es precisamente en este punto donde entra la figura del contrato sector público de servicios²⁸, que se muestra como una herramienta adecuada para acudir al sector privado buscando colaboración en la prestación de servicios.

Esta nueva perspectiva o estrategia de la gestión de las actividades de la Administración (o del sector público²⁹), y del derecho administrativo propio, permite explicar la creciente utilización o extrapolación de algunos de los principios de actuación del sector privado al campo administrativo³⁰, incluso puede afectar a la propia definición del ámbito propio de actividad de la Administración que debería centrarse en aquellos sectores o actividades en

²⁷ Los motivos de las carencias de la Administración son múltiples, van desde las carencias de efectivos que presentan las plantillas administrativas, hasta los avances tecnológicos, a los que se adapta con mayor rapidez el sector privado.

²⁸ Quiero añadir, aunque sea haciendo uso de este pie de página, otro factor consistente en recordar que España se encuentra inmersa en un proceso de integración supranacional, imponiéndose por parte de las instituciones comunitarias importantes restricciones en materia presupuestaria, por lo que el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit público es otro de los factores que condicionan el actuar de la Administración. En este sentido puede consultarse el trabajo de F. PASCUA MATEO, *Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales*, Revista de Administración Pública, núm. 158, 2002, dice que: "En efecto, el proceso, diseñado por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y culminado, salvo a los meros efectos de circulación de billetes y monedas que ha llenado las conversaciones del inicio de 2002, con el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de mayo de 1998, ha supuesto la adopción por todos los miembros de la moneda única de una serie de importantes compromisos de estabilidad económica. Éstos, en lo relativo al equilibrio presupuestario, se concretaron en la previsión del artículo 104.c (hoy artículo 104) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de que "los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos". Dicha previsión se concretaba en un Protocolo anexo que cuantificó la situación anterior en un déficit superior al 3% del PIB a precios de mercado, así como en un procedimiento aplicable a cada Estado en caso de incurrir en dicha situación y que impediría de producirse, en el momento de examinar los países aptos para ingresar en el Euro, la superación de tal examen."

²⁹ El término sector público se ajusta mejor a las previsiones de la nueva Ley de Contratos, ya que la nueva regulación pretende ofrecer una regulación global para todo el conglomerado de organizaciones que integran el sector público, y que independientemente de su forma jurídica satisfacen intereses públicos, y se financian en la mayor parte de los casos con fondos públicos.

³⁰ La Administración no debe moverse conforme a los principios decimonónicos que inspiraban su actuar en el Estado Liberal, sino que ahora debe buscar nuevos principios, nuevas reglas de actuación, siendo estos nuevos principios los que le servirán para justificar su propia existencia en el mundo global al que tiene que atender.

las que es especialmente eficaz³¹, dejando a la iniciativa privada el resto de sus intervenciones³². Una visión como la expuesta se fundamenta en tres motivos, el primero, consiste en el adelgazamiento de las estructuras burocráticas, disminuyendo el coste económico que las mismas representan³³; el segundo, consiste en que con una medida como la propuesta se estaría fomentando la implicación del sector privado en la prestación de servicios a la sociedad, creándose un mercado de contratos públicos que sirve para incentivar la economía y crear riqueza, así como para aumentar la competitividad entre las empresas³⁴; y finalmente, aunque resulte evidente, es que si una entidad privada presta

³¹ G. SAMANIEGO BORDIÚ, La regulación española y europea de los contratos públicos de servicios, en la obra colectiva coordinada por R. GÓMEZ FERRER MORANT, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, segunda edición, Thomson- Civitas, 2004, dice que: “La contratación de bienes y servicios externos por cualquier clase de organización ha cambiado mucho en las últimas décadas. Las empresas han descubierto, en efecto, que la ventaja competitiva que les hace líderes en el mercado no está determinada en absoluto por una supuesta autosuficiencia de medios, sino que pueden concentrarse únicamente en algunos aspectos de su cadena del valor añadido, pudiéndose subcontratar o contratar fuera una parte de las actividades que necesitan realizar. También P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de colaboración público- privada*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3, 2005, pág. 90 dice que: “Más todavía, algunos piensan que la Administración moderna debe replegarse a hacer lo que sabe hacer, es decir, regular, controlar y ocuparse de incrementar la eficiencia del gasto público mediante contratos con terceros dado que no se ha demostrado que pueda conseguir con sus propios medios la misma eficiencia que alcanza el Sector privado en la provisión de servicios y bienes.”.

³² J.L. GUASH, *Las concesiones en infraestructura cómo hacerlo bien*, Bosch, 2009, pág. 14, sobre la mayor eficacia de las empresas privadas en la gestión de servicios, aporta el autor dos razones, primera, las empresas privadas están movidas por un ánimo de lucro y puede que cuenten con profesionales más capacitados en las áreas de gestión, procedimientos operativos y uso de tecnología apropiada. Sin embargo, es posible que la razón más importante por la cual estas empresas muestran una mejor gestión sea el hecho de que la privatización hace más difícil la intromisión de los gobiernos y los políticos en las operaciones de la empresa, de esta manera, la manipulación política es menos probable.”. M. CARMUELLO, “*Las autonomías en la crisis del Estado Social*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 8, 1987, los recortes presupuestarios y los cambios, en España chocan con la complejidad propia de un estado compuesto como el nuestro. Actualmente, debido a las necesidades que plantea la política económica (contención del déficit público), estamos viviendo un proceso continuo de cesión de actividad del sector público al sector privado. La Administración se desapodera voluntariamente de ámbitos de actividad para cederlos al sector privado, siendo esta una de las medidas que se están adoptando para reducir el déficit público.

³³ Se tendrá presente a lo largo de este trabajo el hecho de que las Administraciones Públicas, deben moverse en un contexto de contención del déficit público, para cumplir con los objetivos que marcan las instituciones comunitarias. Ese contexto económico mediatiza todas las actuaciones de la Administración, afectando, como no podía ser de otra manera a una línea de gasto tan importante como la contratación pública, que como sabemos representa el 18,5% del PIB (dato del Observatorio de la Contratación Pública, www.obcp.es).

³⁴ En un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución de 1978), no parece descabellado que se busque una mayor complicitad de la sociedad (por medio de las empresas) en la prestación de servicios a la colectividad. Máxime cuando ahora es posible introducir cláusulas de contenido social o ecológico en los pliegos de contratación.

mejor el servicio, resulta antieconómico defender que el mismo se preste por el sector público³⁵. No obstante, lo anterior, implica un riesgo, consistente en que se pueda producir un desplazamiento de los centros de decisión, de la Administración, a empresas privadas. Por ese motivo, en ese proceso de cesión de funciones la Administración debe mantener las directrices básicas del proceso de toma de decisiones, porque en el caso contrario se estaría produciendo una desviación, que podría llevar a suplantar a la Administración como ente que persigue intereses públicos, por empresas privadas que evidentemente no los persiguen.

Es innegable la esencial vinculación que cada figura jurídica tiene con la realidad³⁶ del tiempo en que se ha creado y evoluciona conforme a lo hace esa realidad que la hace nacer³⁷. Actualmente el derecho de la contratación pública es un derecho que se encuentra, fuertemente mediatizado por el derecho comunitario, que hace el papel de contexto impulsor de las modificaciones legislativas en la materia.

El derecho comunitario se ha convertido en referente continuo en la interpretación y aplicación de la legislación de contratación pública³⁸, y especialmente de la vigente Ley de

³⁵ Un ejemplo del adelgazamiento de las estructuras administrativas, y de la gestión de servicios por medio de la externalización lo tenemos en Inglaterra, donde desde el año 1979 se ha implantado lo que se ha dado en llamar el gobierno mediante contratos, que ha supuesto la encomienda de las prestación de servicios a contratistas particulares, implantando técnicas de evaluación eficaces de los servicios prestados por estos contratistas. Para profundizar en este tema puede consultarse el gran trabajo de la profesora E. NIETO GARRIDO, *El new public management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido*, Revista de Administración Pública, núm. 162, 2003, dice que: “Efectivamente, la llegada al poder del partido conservador en 1979, con la grave crisis económica que vivía Gran Bretaña por aquel entonces, impuso la necesidad de potenciar los recursos existentes para mejorar la prestación de servicios públicos, la realización de obras públicas, de infraestructuras, etc., sin incurrir en mayor gasto público. La máxima de las tres Es (economía, eficacia y eficiencia) fue adoptada por el Gobierno en el poder a través de la implantación del New Public Management, una nueva forma de entender la gestión de asuntos públicos que había sido aplicada con aparente éxito en otros países como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda.”. J. FEEMAN y M. MINOW, *Goverment by contract outsourcing and american democracy*, Harvard University Press, 2007pág. 1: “...we live in an era of pervasive government outsourcing- what we call government by contract.”.

³⁶ Cuando hablo de realidad me refiero al contexto histórico- sociológico en el que nace la figura jurídica. Es indudable la conexión existente entre el derecho y sociedad, ya que el derecho es una ciencia social, que tiene por objeto regular y ordenar conductas.

³⁷ A los largo del trabajo se podrá comprobar como estas afirmaciones se manifiestan en el caso del contrato de servicios. El derecho comunitario es una de las razones que ha provocado la aparición de nuestra figura en la legislación general reguladora de la contratación pública, y ha incentivado algunas de las principales modificaciones de la legislación contractual.

³⁸ La influencia del derecho comunitario ha sido reconocida por nuestra doctrina, así, el profesor S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV. Contratación Pública*.

Contratos del Sector Público (ahora Texto Refundido³⁹), cuyo contenido sólo tiene sentido a la luz de dicho derecho. Este motor ha propiciado cambios normativos y de concepto en la contratación pública que alcanzan en ocasiones a las propias raíces históricas del paradigma de la contratación pública: el contrato administrativo⁴⁰. Este mismo derecho es un factor de impulso de importantes cambios de concepto como es visión de la contratación con una dimensión transversal⁴¹, o el fomento de la externalización de servicios⁴².

Decir que el contrato de servicios está llamado a tener una importancia significativa es algo evidente puesto que ya la posee en la actualidad⁴³. No obstante, es un contrato que se encuentra llamado a ir más allá, a ser un referente en el nuevo sistema de conceptualización de la Administración y del Derecho administrativo⁴⁴, ya que constituye un mecanismo de

Segunda edición, Civitas. Thomson Reuters, 2012, pág. 59, dice que: “Las directivas comunitarias han repercutido, igualmente sobre los derechos que mejor conocen el contrato administrativo. Pero, a diferencia del supuesto que acaba de estudiarse, dicha repercusión no consiste en la implantación de un nuevo modelo de contratación. Más bien, la honda incidencia de las directivas significa el perfeccionamiento del contrato administrativo a costa de profundizar en lo que a él es inherente, la sujeción de la voluntad contratante a pautas y criterios objetivos de legalidad (conurrencia y publicidad).”.

³⁹ El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha sido aprobado, por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre,. (BOE núm. 276 de 16 de noviembre de 2011).

⁴⁰ Ha sido tradicional en España buscar el espejo del derecho francés para estudiar y abordar la figura del contrato administrativo. Actualmente esa tendencia se encuentra desfasada, ahora la referencia tiene que buscarse en el derecho comunitario que constituye el auténtico punto de referencia para todos los países miembros a la hora de interpretar y aplicar las normas reguladoras de la contratación pública.

⁴¹ La visión transversal de la contratación implica, que la misma se ve como un instrumento para lograr el logro de políticas sociales, o ecológicas. Ya no se busca, mediante el contrato, proveer de bienes y servicios al Sector Público, sino impulsar la estabilidad en el empleo, o la búsqueda de objetivos ambientales.

⁴² Se puede hablar de medidas de fomento negativas, las instituciones comunitarias, una vez llegados a la moneda única impone a los países miembros la contención del déficit público lo que hace que se busque formas más económicas de gestión, para por medio de las mismas cumplir con los objetivos económicos necesarios para garantizar la estabilidad de la moneda única.

⁴³ Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid de 2001, Consejería de Hacienda, Comunidad de Madrid, señala que en el 2001 de los contratos adjudicados el 21,57% lo fueron de consultoría y asistencia (ahora de servicios), y el 28,76% de servicios. Los que supuso que del actual contrato de servicios, en términos de contratos adjudicados el actual de servicios implicó el 50,33% de los contratos. La Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya de 2007, Generalitat de Catalunya; Departament de Economia i Finances, Direcció General de Contractació Pública, señala que en el año 2007 los contratos de consultoría y asistencia y de servicios supusieron el 44,4% del total de los adjudicados.

⁴⁴ Recordemos entorno cambiante, globalización, ciudadanos exigentes con los servicios que reciben de la Administración, y todo ello en un contexto de contención del déficit público. Todos estos factores conducirán a las Administraciones públicas a buscar formas de prestación de los servicios públicos más baratas

externalización o de búsqueda de colaboración del sector privado en actividades especialmente relevantes para la nueva sociedad global⁴⁵

Los hechos y tendencias descritos podrían llevar a la configuración del Sector público como objeto de regulación jurídica, como un conglomerado de organizaciones que se encuentra encerrado en un triángulo con tres vértices, que son los que delimitan sus posibilidades de acción, un primer vértice, estaría formado por una sociedad exigente (sobre las exigencias de la sociedad, simplemente apuntar que determinados servicios asistenciales forman parte de lo que se ha llamado: *conciencia moral de la época*, lo que los convierte en intocables para los poderes públicos⁴⁶) que se desarrolla en una democracia consolidada⁴⁷. Para una sociedad como la que forma este vértice el Sector Público no es visto como un mal necesario, sino que al contrario es un Sector que debe justificar su propia existencia proporcionando un valor añadido materializado por la vía de servicios de calidad e intervenciones eficaces para los ciudadanos, que desde la madurez democrática están dispuestos a exigir responsabilidades en la gestión que se hace de los asuntos públicos⁴⁸; el segundo vértice, vendría trazado por la globalización y los cambios constantes que este fenómeno implica, este fenómeno suscita nuevas necesidades a los ciudadanos que desean que se satisfagan por el Sector Público; el último vértice se presenta contradictorio con

(satisfacción las restricciones presupuestarias) y de calidad (dando satisfacción a las demandas de los ciudadanos).

⁴⁵ A modo de ejemplo, el contrato de servicios es uno de los mecanismos o puertas de entrada, en el sector público de las tecnologías de la información y comunicación, siendo también puerta de entrada de prestaciones de tipo intelectual.

⁴⁶ E. CARMONA CUENCA, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Colección de Estudios, 2000, pág. 88, dice que: "...los beneficios del Estado asistencial forman parte de lo que podría denominarse conciencia moral de la época. Prácticamente todos los servicios públicos asistenciales y gratuitos o gestionados con precios políticos, son intocables. Pueden admitir junto a sí otros servicios privados de la misma naturaleza, pero no parece posible proceder a su desmantelación."

⁴⁷ El sistema democrático e institucional español se asienta sobre la base de la Constitución de 1978, texto que ha servido de base para la configuración de una sociedad democrática.

⁴⁸ Actualmente, cualquier responsable político sabe que sus posibilidades de continuar en el cargo, o de prosperar políticamente, se encuentran directamente relacionadas con su capacidad de conseguir más y mejores servicios a los ciudadanos, contando para esa labor con unos recursos limitados. Exigencia de los ciudadanos y contención del gasto, son los principios que rodean a la actuación de los responsables políticos actualmente.

respecto a los otros dos, ya que consiste en la contención del gasto público⁴⁹, es contradictorio puesto que si la sociedad exige servicios de calidad, y el contexto histórico obliga a continuos cambios, en principio, debería aumentar el gasto público. Es precisamente este vértice el que hace o potencia la búsqueda de nuevas formas de gestión o métodos de gestión alternativos, que sirvan para reducir el gasto público proveyendo de servicios públicos de calidad a los ciudadanos, siendo esta la vía por la que se potenciará el contrato de servicios⁵⁰. No se debe olvidar que los contratos del Sector Público no son más que instrumentos técnicos, que el legislador pone en manos de los entes que integran el sector público, correspondiendo a estos entes optar entre uno u otro tipo de contrato, o decidir si acudir o no a la contratación de una determinada prestación o por el contrario satisfacer directamente las necesidades de que se trate. Es indudable que la decisión del responsable público se encontrará marcada por el contexto histórico en el que la misma se tiene que tomar, ahora el contexto se encuentra dominado por la contención del déficit público y una clara voluntad de adelgazamiento de las estructuras burocráticas lo que empuja irremediabilmente a los contratos de servicios, colaboración público- privada, gestión de servicios públicos y concesión de obra pública⁵¹. Parece que el futuro del Sector Público español (y europeo) se orienta a marchas forzadas hacia su drástica reducción.

⁴⁹ Un análisis del gasto público en España, se encuentra en *El futuro del gasto público en España*, de J. E. IRANZO MARTÍN, Instituto de Estudios Económicos, 1998.

⁵⁰ La externalización de los servicios es una realidad que no responde a ningún tipo de ideología actualmente, dándose en la mayor parte de los países del mundo, independientemente de su nivel de desarrollo económico, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales*, Boletín Aranzadi Administrativo, núm. 19/2000, 2000, dice que: “Desde los años ochenta, Gobiernos de todo el mundo han anunciado su intención de desprenderse de sus empresas públicas, vendiéndolas al sector privado o liquidándolas. Los países en que así se ha hecho lo han sido de todas clases y tamaños, desde países de industrialización madura, como el Reino Unido y Francia, a economías en vías de desarrollo como Blangla Desh y Sri Lanka. Incluso países organizados según principios socialistas, como China, han tomado medidas que se orientan a dotar de mayor autonomía a las empresas respecto del Estado”.

⁵¹ Aunque resulte evidente merece la pena hacer una comparación entre fórmulas de gestión: Si se planifica y gestiona un servicio por ejemplo de información turística en un municipio por conducto de una plantilla de funcionarios, en el momento en el que se decida la desaparición del servicio en cuestión, la corporación deberá reubicar a los funcionarios nombrados (para toda la vida) en uno u otro servicio (se necesiten o no se necesiten; lo que implicará conflictos sindicales, costes de personal y riesgo de duplicidad de puestos de trabajo. Sin embargo, si el mismo servicio se presta mediante un contrato de servicios y el mismo tiene una duración de cuatro años, a la finalización del contrato se puede decidir si se continúa no con el mismo, si al

Estos cambios, como ya se ha dicho, probablemente ponen en cuestión el paradigma que hasta tiempos bien recientes inspiraba la regulación de la actividad contractual de la Administración como es el modelo de contrato administrativo propio del ordenamiento jurídico francés⁵². El derecho europeo se convierte en un referente que debe orientar la interpretación de las normas nacionales reguladoras de la contratación pública, resolviendo las dudas y orientando las interpretaciones que se hagan de la Ley Nacional⁵³.

El cambio continuo que impregna al derecho administrativo contemporáneo afecta indudablemente a la figura decimonónica del contrato administrativo, que por influencia del derecho comunitario pierde algunas de sus notas o rasgos definitorios⁵⁴, para aproximarse cada vez más a los contratos regidos por el derecho civil⁵⁵. Me gustaría señalar que tal vez esa devaluación progresiva de la figura del contrato administrativo responda a la falta de adecuación de la misma a las necesidades que se plantean en el tráfico jurídico

final se decidiera no continuar, el servicio y la infraestructura de personal que él mismo comporta desaparecería sin coste alguno.

⁵² Las influencias francesas sobre nuestro derecho administrativo han sido destacadas por R. PARADA VÁZQUEZ, *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, 2008, Marcial Pons, pág. 23. También Juan de la Cruz Ferrer en La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés, *Revista de Administración Pública*, núm. 111.

⁵³ Sobre la interpretación conforme hay que aludir a las reflexiones del T. MILLETT, *El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 113, Consejo General del Poder Judicial, 2006, dice que: “Se trata de un principio de que la Ley nacional debe interpretarse de conformidad con la letra y los objetivos de una directiva pertinente...(cita la Sentencia Marleasing SA/ La Comercial Internacional de Alimentación SA, C-106/89), dice que esta sentencia señala que ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189.”.

⁵⁴ Sobre la importancia del derecho comunitario regulador de este sector de actividad administrativa, A. OJEDA MARÍN, *La comunidad europea el GATT en el sistema de contratación pública*, Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989, pág. 894, dice que: “Muy pocos subestiman ya el papel tan dinámico que en el desarrollo de la iniciativa privada viene desempeñando la contratación pública....Una parte nada depreciable de los ingresos obtenidos por las Administraciones Públicas será transferida al empresario privado mediante contratos. Mas, por fortuna para éste, actualmente se transfieren enormes cantidades como resultado de una política económica inspirada en el pensamiento keynesiano y en la Teoría del Estado de Bienestar.”.

⁵⁵ Se verán muestras de esta descapitalización de la noción administrativa de contrato, que afectan a cuestiones esenciales como el ius variandi, o al régimen de cesión de los contratos administrativos.

administrativo⁵⁶, lo que está provocando que la figura mute, perdiendo peso específico las potestades de derecho público⁵⁷.

Este trabajo pretende desde una perspectiva de análisis global de la figura del contrato del Sector Público de Servicios, considerando figuras especialmente novedosas como el contrato de colaboración público- privada demostrar que el contrato administrativo es un producto social fruto de la evolución histórica. Como producto social, las instituciones jurídicas son el resultado de un proceso histórico (que refleja el propio devenir social) y que aconseja no olvidar el análisis de las distintas figuras en su dimensión histórica que nos va a servir para introducir el sentido del contrato administrativo en general y del como del contrato de servicios, en particular.

⁵⁶ Ese tráfico es el medio en el que se desenvuelve la Administración.

⁵⁷ Resulta imprescindible para profundizar en el fenómeno de las mutaciones de las instituciones la genial obra de M. HAURIOU, *Principios de derecho público y constitucional*, J.L. MONEREO PÉREZ, Comares, 2003, pág.97, dice que: “Las instituciones sociales duran un tiempo más o menos largo, según que respondan mejor o peor a las necesidades del medio social y según que las ideas sobre que reposan estén más o menos cerca de la verdad y de la justicia.....Las instituciones responden a las necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose parasitarias; en este caso, la confianza del público se aparta de ellas lentamente.”.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DE CONTRATO DEL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA MISMA.

Evolución histórica del contrato de servicios. 1. Introducción. 2. Origen y evolución histórica del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español. 2.1. *Introducción.* 2.2. *Los orígenes del contrato de servicios, en la legislación reguladora del contrato de obras públicas.* 2.3. *El contrato de servicios públicos, tronco común de las prestaciones del contrato de servicios y del contrato de suministro.* 2.4. *El contrato de servicios como un contrato administrativo por naturaleza y su ulterior evolución.* 2.5. *Otros tipos de contratos que han asumido prestaciones del contrato de servicios.* 2.6. *La satisfacción de las necesidades por medio de contratos civiles.* 2.7. *Evolución del contrato de servicios desde e año 1995 hasta hoy.* 2.8. *Evolución histórica del contrato de servicios en la normativa comunitaria. Consideraciones generales acerca de la evolución histórica de la figura contractual.*

Evolución histórica del contrato de servicios.

1. Introducción.

Antes de analizar la evolución histórica del contrato del sector público de servicios⁵⁸ es necesario aludir al origen del contrato administrativo⁵⁹. Como veremos la evolución

⁵⁸ Actualmente se hace necesario hablar de una nueva figura que es la de contrato del sector público (figura sobre la que se profundizará más adelante); en buena medida esta figura ha restado protagonismo a la del contrato administrativo, categoría que se ha visto absorbida por la de contrato del sector público. La nueva noción legal resulta predicable a toda la variada tipología de entes que pueden concertar contratos, y que responden a una personificación diversa (pública o privada).

⁵⁹ No debemos olvidar con el profesor L DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil II*, Décima Edición, Civitas, 2008, pág. 29, que: “El contrato es un supraconcepto (Oberbegriff), que es aplicable a todos los

histórica de la contratación pública ha basculado en los últimos 100 años sobre esta figura lo que impone afrontar la aparición y construcción de esa figura y el impacto que ha tenido en el ordenamiento jurídico español⁶⁰.

En efecto la individualización del contrato público de servicios se produce históricamente dentro de la teoría del contrato administrativo⁶¹. Sin embargo, el análisis del contrato administrativo es, en este trabajo, puramente instrumental respecto del objeto material de esta tesis. Y por ello, no se pretende abundar en el concepto de contrato administrativo⁶² y las diferentes posiciones que en torno al mismo han existido tanto en la doctrina⁶³, como en

campos jurídicos y, por consiguiente, tanto al Derecho privado como al Derecho Público e incluso al Derecho matrimonial”.

⁶⁰ Una primera aproximación a la figura nos la ofrece el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, en *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo II, UNED*, 1974, que dice que: “El contrato es una categoría jurídica secular, recibida del Derecho romano y perteneciente a la teoría general, que ha sido configurada sobre tres ideas fundamentales: el ser un acuerdo libre de voluntades (“conventio”), la coordinación de unos intereses contrapuestos (prestaciones recíprocas, “ultra citroque”) y el imperio de la autonomía de la voluntad en cuanto al contenido normativo que se configura como una *Leu* “inter partes”....(continúa diciendo)... en la misma Alemania, donde la categoría del contrato administrativo es de mucha más dudosa admisión, Forsthoff nos dirá que negar el contrato administrativo es negar la realidad”; por otro lado, el profesor L.M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Décimo Tercera Edición, pág. 389: “La definición del contrato como institución jurídica pertenece a la Teoría General del Derecho y es común a todas las disciplinas jurídicas. Podemos definirlo como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de derechos y obligaciones entre ellas (La Cruz). A partir de este concepto, el contrato administrativo es aquel que está regido por el Derecho Administrativo”. También podemos citar a J. M^a. BAÑO LEÓN, *La figura del contrato en el derecho público: Nuevas perspectivas y límites*, en *La contratación Pública en el horizonte de la integración europea, V Congreso Luso- Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004 pág. 12, dice que: “Este entendimiento, *latu sensu*, del contrato, nos lleva también a participar de la idea de quienes sostienen que se trata de una institución común al Derecho público y privado, que sin embargo, al utilizarse en el Derecho público requiere de importantes matizaciones...”. Son esenciales para entender la figura las aportaciones de E. GARCIA DE ENTERRÍA, en particular, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, Revista de Administración Pública, núm. 10, 1953, también el mismo autor *la figura del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 41, 1963; también S. MARTÍN RETORTILLO BLANQUER, *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, Revista de Administración Pública, núm. 29, 1959.

⁶¹ Tendremos ocasión de comprobar que en el momento actual el concepto de contrato administrativo se ha visto superado, siendo la figura que ha operado esta superación la del contrato del sector público. Es el contrato del sector público la categoría básica, o el tronco común del que nacen el resto de tipos contractuales.

⁶² La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido en alguna ocasión al contrato administrativo como un negocio público bilateral de naturaleza recíprocamente onerosa (Sentencias de 25 de junio de 1948 y de 28 de septiembre de 1954).

⁶³ F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público*, segunda edición, Marcial Pons, 2005, pág. 216, dice refiriéndose a Otto Mayer: “A sus incursiones en derecho francés le sigue el trabajo, publicado en el Archiv des öffentlichen Rechts (1888), sobre los contratos, más específicamente sobre “la doctrina del

el derecho comparado⁶⁴, puesto que tal pretensión excede al objeto del trabajo, tampoco es intención abundar en las polémicas que hayan podido surgir en torno a esta figura⁶⁵. Sin embargo, dentro del género contrato administrativo del que el contrato de servicios es la especie, el estudio de la formación histórica del primero como concepto matriz, permite observar de primera mano algunas de las causas de la complejidad del contrato de servicios.

En efecto una de las notas características del contrato de servicios es la heterogeneidad de sus prestaciones, lo que marca su propia configuración y construcción, y que, como vamos a ver surge a partir de figuras típicas de contratación pública preexistentes y cuya individualización se justifica en la creciente frecuencia de su utilización justificada por la imposibilidad de satisfacer necesidades de funcionamiento a base de estirar o expandir el objeto de contratos administrativos típicos⁶⁶. Es esta superación de los contratos típicos y la carencia que la misma origina la que hace que nazca el contrato de servicios. Todo esto se explicará a lo largo del análisis histórico de la figura⁶⁷.

2. Origen y evolución histórica del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español.

contrato de Derecho público”, con el que quiso explicar que ni los *pacta censoria* del Derecho romano ni el *contrat administratif* del Derecho francés ni el *Staatsdienstvertrag* (nombramiento de funcionarios) eran verdaderos contratos administrativos y, si habían adoptado ese nombre, era sin duda por el parecido con ellos. Para Mayer, que, con todo, no excluye radicalmente su existencia, está muy claro que el contrato exige igualdad entre las partes, “solo es posible entre iguales” y esta es su seña de identidad más cabal”.

⁶⁴ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit, pág. 389, dice: “No todos los ordenamientos jurídicos, nos referimos naturalmente a los de régimen administrativo, admiten la existencia de los contratos administrativos. Singularmente no lo hacen los ordenamientos alemán e italiano, y sí lo admiten los de directa influencia francesa, entre ellos el español”.

⁶⁵ J.L. MEILÁN GIL, *La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica*, Revista de Administración Pública, número 99, 1982, pág. 8, dice que: “Parece innecesario hablar del carácter central del contrato en cualquier rama jurídica. En el Derecho administrativo esta figura ha sido piedra de escándalo, catalizador de polémicas; en más de un autor, las vicisitudes del denominado contrato administrativo, son, ni más ni menos, que las vicisitudes del propio Derecho administrativo”.

⁶⁶ Necesidades que hoy se cubren con el contrato de servicios. Como se verá y este fenómeno puede que se encuentre en el nacimiento de cualquier tipo de contrato, originariamente se hace uso de las figuras típicas, hasta que llega un momento que las mismas se muestran insuficientes, siendo precisamente la carencia que lo anterior provoca el motivo del nacimiento de la nueva regulación.

⁶⁷ El camino descrito parece bastante lógico, primero se presenta una carencia a la Administración, que en un primer momento se trata de cubrir con los instrumentos jurídicos existentes, hasta que ya no es posible, haciéndose necesario crear una figura nueva que satisfaga las necesidades que se plantean en el tráfico jurídico administrativo.

2.1. Introducción

Como, en otros supuestos, la constitución de relaciones jurídicas consistentes en la obtención de servicios se realiza acudiendo a fórmulas de contratación civil⁶⁸, que luego se irán adaptando a las necesidades del tráfico jurídico administrativo⁶⁹. Por ello la evolución normativa de la figura del contrato público de servicios debe realizarse a partir de la de los contratos civiles que han servido para inspirar su régimen actual⁷⁰, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. estudia la posibilidad de satisfacer estas necesidades acudiendo a la legislación mercantil⁷¹.

Aquí se parte de las consideraciones ya hechas sobre el origen y evolución histórica del contrato administrativo, para buscar la aproximación a uno de los contratos administrativos

⁶⁸ En este sentido KORMMAN, plantea la posibilidad de la existencia de un supraconcepto de negocio jurídico, que tendría dos clases público y privado, incluyéndose el contrato dentro de la clase de público, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín 1910 (reimpresión 1962). La postura que defendemos acerca del uso por parte del Derecho Administrativo de las instituciones del derecho civil también, fue defendida por M. HAURIU, como nos recuerda el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, op. cit. pág. 221, dice citando a HAURIU que: "...se ha visto al Derecho público, o al Derecho administrativo, o al Derecho comercial constituirse tardíamente separándose de la masa primitiva que era dominada por el Derecho civil...". Como nos recuerda el profesor COSCULLUELA, el criterio del giro o tráfico administrativo ha sido acuñado entre nosotros por el profesor Eduardo García de Enterría, como el criterio que sirve para delimitar la aplicación del derecho administrativo, *Manual de Derecho Administrativo* op. cit., pág. 45. DORREGO DE CARLOS y GUTIÉRREZ VICENT, "Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la administración", en *Derecho de los Contratos Públicos. Estudio Sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 756-757, dicen que: "Así, junto con los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que se describen en el artículo 196 se prevé que con el mismo contenido pero con carácter complementario respecto de otro contrato principal, bien obra, bien suministro, se pueda contratar a través de estos tipos contractuales, lo que da lugar a una doble contratación que no tiene por qué recaer en el mismo contratista".

⁶⁹ Como nos recuerda el profesor COSCULLUELA el criterio del giro o tráfico administrativo ha sido acuñado entre nosotros por el profesor Eduardo García de Enterría, como el criterio que sirve para delimitar la aplicación del derecho administrativo, *Manual de...*, op. cit., pág. 45.

⁷⁰ DORREGO DE CARLOS y GUTIÉRREZ VICENT, "Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la administración", op. cit., págs. 756-757, dicen que: "Así, junto con los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que se describen en el artículo 196 se prevé que con el mismo contenido pero con carácter complementario respecto de otro contrato principal, bien obra, bien suministro, se pueda contratar a través de estos tipos contractuales, lo que da lugar a una doble contratación que no tiene por qué recaer en el mismo contratista".

⁷¹ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, 2002, pág. 71.

típicos⁷² que existen en el momento actual en nuestro ordenamiento jurídico, como es el contrato de servicios⁷³.

Algún sector de la doctrina considera que las razones del origen de los contratos administrativos están en la necesidad que ha tenido la Administración de acudir a medios externos para el desarrollo de su actividad⁷⁴. Sin embargo, como dice MARTÍN RETORTILLO, S, las razones que justifican la aparición del contrato administrativo⁷⁵ hay que buscarlas en la necesidad que tiene la Administración de mantener en determinadas relaciones jurídicas una posición superior, circunstancia esta que se consigue mediante el ejercicio de prerrogativas⁷⁶, se trata de dos posiciones que se complementan. Así las aportaciones sobre las necesidades que tiene la Administración en un momento determinado de acudir a medios externos son muy valiosas, puesto que permiten señalar que son las necesidades internas que la Administración ha ido teniendo y que no podía satisfacer con sus propios medios las que han ido modulando y haciendo nacer los distintos tipos de

⁷² R. PAREJO GAMIR, *Contratos administrativos atípicos*, Revista de Administración Pública, número 55, 1968, sobre la tipicidad, dice: “Cuando en lenguaje jurídico se habla de tipicidad se está aludiendo prima facie a regulación legal. Cualquier acto humano relevante para el Derecho, es decir, cualquier acto jurídico, en el sentido más amplio posible, es típico cuando tiene nomen iuris: cuando está descrito, previsto, recogido por una norma”.

⁷³ El planteamiento expositivo es claro, la mejor manera de entender la especie contrato de servicios, es delimitar correctamente el género. Aunque puede resultar simplista esta solución, entiendo que es lógica, ya que cada tipo de contrato tiene un tronco común, un ordenamiento jurídico que le sirve de base o de inspiración y lo nutre e informa en todos sus aspectos.

⁷⁴ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de Consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 68.

⁷⁵ Creo que la figura del contrato administrativo, para su mejor análisis, ha de ser objeto de un encuadre autónomo. Considerándolo como una categoría jurídica independiente, que tiene sub especies, estas sub especies son los contratos administrativos típicos, contratos que participan de las características propias del contrato administrativo.

⁷⁶ S. MARTÍN RETORTILLO, *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, Revista de Administración Pública, núm. 29, 1959, pág. 84. Sobre las prerrogativas también son interesantes las afirmaciones de J.C. CASSAGNE, *Los contratos de administración pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)*, Revista de Administración Pública, número 78, 1975, página 413, dice que: “ Sin embargo, la existencia de prerrogativas de poder público a favor de la Administración no es un obstáculo para el establecimiento de un justo y eficaz sistema de garantías para el particular o administrado que trate de alcanzar una conciliación entre los derechos individuales con los de la comunidad o los que el hombre tiene reconocidos por estar adscrito a ella”.

contratos administrativos⁷⁷. Se puede decir que en la medida que la sociedad⁷⁸ ha ido evolucionando⁷⁹, la Administración se ha tenido que ir adaptando⁸⁰ a las necesidades que le plantea la sociedad en cada momento⁸¹, por lo que cada vez se exigen intervenciones más abundantes y más complejas a la Administración⁸², siendo las posibilidades que se presentan al legislador dos⁸³: la primera sería crear una plantilla de personal capaz de cubrir todas sus carencias⁸⁴; y la segunda, acudir a la contratación externa⁸⁵. Asumida la opción de

⁷⁷ Así los primeros contratos administrativos típicos, son los de obras públicas y los de servicios, que surgen ante la necesidad que tiene la Administración de realizar Obras Públicas y de prestar Servicios Públicos, creando al efecto unas figuras jurídicas a la medida de sus necesidades.

⁷⁸ Sobre las relaciones que mantiene el derecho público y la sociedad, el profesor T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Las obras públicas*, Revista de Administración Pública, número 100, 1983, página 2429, dice que: “Surgido en el marco de la Revolución francesa, en plena efervescencia de las ideas de libertad, el Derecho Administrativo se ha visto obligado en los primeros tiempos de su larga historia a hacer frente a un difícil problema: dotar a la Administración pública de técnicas capaces de servir eficazmente a la magna tarea de transformación social que el proceso revolucionario planteaba a partir de sus postulados de igualdad sin perjudicar sustancialmente la libertad, que constituía la primera de las rúbricas del ideario de la Revolución”.

⁷⁹ Sobre los cambios a los que se ha visto sometido el derecho administrativo, son significativas las afirmaciones del profesor T.M. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Las obras públicas*, op. cit., pág. 2428, nos dice que: “...la primacía de la conservación sobre el crecimiento; las nuevas relaciones entre lo público y lo privado, que, bajo la presión de las circunstancias, se proyecta ahora en el interior mismo de las instituciones subvirtiéndose sus antes sólidas bases, etc., son retos que reclaman respuestas adecuadas, cuyo hallazgo sólo será posible a partir de un esfuerzo colectivo que tiene que empezar por aceptar con naturalidad que la realidad es otra y que es inútil intentar encajarla a ultranza en su totalidad dentro de las categorías dogmáticas tan laboriosamente construidas en el pasado y tan esforzadamente aprendidas también”.

⁸⁰ C. ALBIÑANA GARCÍA- QUINTANA, *Los conceptos económicos en la Constitución: El sector público estatal*, Revista de Economía Política, número 81, 1977, pág. 15, dice que: “Ante el cambio social no hay otra alternativa que el cambio jurídico”.

⁸¹ Estas necesidades de adaptación a las necesidades que se le plantean a la sociedad ha sido destacada por el profesor COSCULLUELA, como uno de los rasgos definitorios del derecho administrativo, *Manual de derecho administrativo*, op. cit., página 44, dice: “Frente a esos Ordenamientos codificados, el Derecho Administrativo se caracteriza por lo que gráficamente se ha llamado “motorización legislativa, que, por otra parte no es sino una consecuencia del progresivo intervencionismo público”.

⁸² J.C. CASSAGNE, Cassagne, *Los contratos de administración pública*, op. cit. pág. 441, dice que: “El crecimiento cuantitativo y cualitativo que se opera en los cometidos del Estado encuentra su explicación en las profundas transformaciones que se vienen produciendo en el plano social, político y económico como respuesta al correlativo aumento de las necesidades del hombre como integrante de la comunidad”.

⁸³ Cuando hacemos referencia a las posibilidades que se le presentan a la Administración, lo hacemos desde el punto de vista de la contratación.

⁸⁴ Opción esta que sería muy costosa. El coste vendría determinado por la incoherencia de hacer uso de una plantilla estable para cubrir, en muchas ocasiones, necesidades transitorias, con lo cual se crea un contingente de personal para hacer frente a unas obligaciones que con el tiempo desaparecerán. Hay que tener en cuenta la capacidad que tienen los diferentes gobiernos de diseñar sus propias políticas públicas, que como es lógico pueden variar, en función de la ideología del gobierno que se encuentre en el poder. Naturalmente estas

acudir a la contratación externa es necesario que sobre la base del contrato administrativo (ahora contrato del Sector Público)⁸⁶ se vayan creando diferentes variedades de contratos administrativos “típicos”⁸⁷ que permitan dar satisfacción a las necesidades que se generan a la Administración teniendo en cuenta la especialidad o las particularidades que tienen estas nuevas necesidades. Para crear estos contratos administrativos típicos, el derecho administrativo ha tenido dos opciones: la primera, consistiría en fijarse en los contratos civiles típicos modulándolos para adaptarlos a las necesidades del tráfico jurídico administrativo⁸⁸; y la segunda, consistiría en crear tipos contractuales *ex novo*, sin inspiración directa e inmediata en contratos civiles típicos, sino teniendo como única referencia las necesidades que se le plantean a la Administración⁸⁹. Así se puede concluir señalando que la razón que justifica la aparición o la desaparición de contratos administrativos típicos se encuentra en las necesidades que se le plantean a la Administración en su actuar (tráfico jurídico administrativo) y que no puede satisfacer por medio de sus propios recursos internos, debiendo crear, con este fin, modalidades contractuales típicas que sirvan para cubrir estas necesidades que tiene.

En definitiva, el contrato de servicios es una figura de reciente configuración que nace por la directa influencia del derecho comunitario, que es el centro de producción normativa que impulsa su creación. Para su creación el legislador ha hecho uso de las figuras civiles, en concreto se ha fijado en la regulación civil del contrato de obras y de servicios.

políticas condicionan inevitablemente la contratación pública, con ello pretendo afirmar que los proyectos, o compromisos de gasto cada vez son más efímeros, por eso, cada vez se apuesta más por la fugacidad del contrato, frente a la estabilidad que generan los cuerpos de funcionarios.

⁸⁵ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 68 y 69.

⁸⁶ Figura que debe ser entendida aquí como una categoría genérica. Como se ha mantenido en estas notas, la categoría de contrato del sector público debe ser entendida como un tronco común, del que penden la variada tipología de entes que integran el sector público.

⁸⁷ L. Díez Pícazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, op. cit., pág. 39, dicen que: “Los contratos típicos son los que poseen una regulación legal”.

⁸⁸ Este podría ser el origen del contrato de obras, el de suministro y el de servicios. Este motivo está detrás de la razón que justifica el nacimiento de una gran parte de los contratos del sector público.

⁸⁹ Este podría ser el origen del actual contrato típico de colaboración entre el sector público y el privado, definido en el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, figura esta que se analizará más adelante con mayor detenimiento.

Su construcción ha sido el resultado de la convergencia o fusión de diferentes tipos de contratos y por ello, en la medida de que en el derecho español la configuración del contrato se realiza a raíz del objeto, de distintas prestaciones. Señala COSCULLUELA MONTANER, L.⁹⁰, que algunos tipos de contratos administrativos son en realidad categorías refundidoras de varias figuras; en el caso del contrato de suministro la refundición se estructuró primero en torno a la figura de los servicios públicos (en el contrato de servicios, como veremos, la refundición también se estructura en torno a la figura del contrato de obras públicas) de forma que, como también había ocurrido en el caso del contrato de suministro surgido como una figura refundidora y heterogénea, se trata de una figura compleja.

Estas prestaciones, han tenido un origen diverso y su progresiva especialización o diferenciación respecto de la figuras de derecho civil, se ha realizado acudiendo a diferentes formas de contrato típico. VILLAR PALASÍ, J.L. indica que: "...toda investigación jurídica se encamina *prima facie* a encasillar el nuevo hecho en los tipos preformados existentes"⁹¹.", esta afirmación de VILLAR PALASÍ, J.L. creo que puede extrapolarse al momento en el que nace una determinada prestación de un contrato, inicialmente la tendencia es a encasillarla dentro de uno de los contratos típicos ya existentes⁹², llega un momento en el que no se puede justificar ese encuadre, siendo en ese momento en el que nace la necesidad de crear una categoría autónoma de contrato típico que permita satisfacer las necesidades del sector público.

⁹⁰ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, en Comentarios a la ley de contratos de las Administraciones Públicas, dirigida por R. GÓMEZ FERRER, segunda edición, Thomson-Civitas, 2004, pág. 990.

⁹¹ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado*, op. cit. pág. 61.

⁹² Tendremos la oportunidad de analizar de que manera en el contrato de servicios, sus prestaciones tienden a encasillarse dentro de las de los contratos típicos de obras y servicios públicos. Como se ha mantenido en los orígenes de una nueva figura contractual, existe una tendencia a encuadrarla o buscar el acomodo dentro de algún contrato típico. Naciendo la necesidad de una nueva regulación en ese momento.

Una buena muestra de la amplitud del ámbito de aplicación de este contrato es la definición que del mismo se hace en la Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así su artículo 10 dice que:

“Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”⁹³.

Esta referencia a la regulación actual nos sirve para orientar el análisis de la evolución histórica del contrato de servicios, de esta forma el devenir normativo que ha tenido el contrato de servicios debe buscarse analizando las prestaciones de los contratos en los que se sitúan los antecedentes de esta figura contractual comprobando si las mismas se pueden encuadrar dentro del ámbito delimitado por el artículo 10 del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A modo de conclusión de lo ya dicho, y de introducción de las próximas líneas dedicadas a la evolución histórica del contrato del sector público de servicios, me gustaría significar que en este trabajo se comparten, sobre el contrato de servicios, las opiniones del profesor COSCULLUELA MONTANER, L, en torno al origen del contrato de suministro, al entender que el contrato de servicios nace como una escisión del tronco de otros contratos administrativos⁹⁴.

2.2. Los orígenes del contrato de servicios, en la legislación reguladora del contrato de obras públicas.

El contrato administrativo de servicios como resultado de la refundición de varios tipos de contratos administrativos, tiene uno de sus puntos de origen en el propio contrato de obras

⁹³ La redacción de este precepto se debe a una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que estaba motivada, por la necesidad de precisar la definición del contrato de servicios, en conexión con la delimitación del contrato de gestión de servicios públicos.

⁹⁴ COSCULLUELA MONTANER, L, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 990

públicas⁹⁵. En efecto, en determinados momentos históricos, las prestaciones del actual contrato de servicios se encontraban dispersas bajo el cobijo que proporcionaba el paraguas del contrato de obra pública, de esta manera podría conceptuarse como contrato de obras la elaboración de un proyecto, el mantenimiento de unas instalaciones, la vigilancia de las mismas o su limpieza.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A., refiere el origen del contrato de consultoría y asistencia⁹⁶ en las autorizaciones y concesiones de estudios otorgadas a particulares y compañías por parte de la Administración para que aquellos o éstas pudieran presentar los proyectos pertinentes para la posterior realización de las obras públicas que se pretendieran llevar a cabo (Real Orden de 10 de octubre de 1845). En esta norma la realización de proyectos es una prestación –que en la actualidad se integra dentro del contrato de servicios⁹⁷– se considera parte del contrato de obras si bien la fórmula utilizada (autorización o concesión) pone en evidencia la dificultad de esta integración⁹⁸. Por ello no utiliza expresamente el término contrato, sino que se recurre a la idea de acto administrativo de autorización o de concesión⁹⁹, entendida la autorización y la concesión en su sentido más habitual, es decir como un acto que levanta una prohibición previa, o que otorga un derecho. En la misma línea, también señala que el Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1868, regulaba la posibilidad de proyectar, construir y explotar obras públicas, por los particulares mediante concesión.

⁹⁵ Sobre el valor que la obra pública ha tenido sobre el derecho administrativo, el profesor T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Las obras públicas*, op. cit., pág. 2438, dice que: “El Derecho Administrativo de nuestros días debe, pues, mucho a la obra pública, auténtico tronco institucional de la disciplina y motor de su evolución en la segunda mitad del siglo pasado.”.

⁹⁶ Recordemos que este contrato ha desaparecido con la Ley de Contratos del Sector Público, habiendo sido asumidas sus prestaciones por el contrato de servicios.

⁹⁷ Constituye una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado, el proyecto. No obstante lo anterior, con la regulación actual se plantea la posibilidad de contratar conjuntamente el proyecto y la obra, quedando todo englobado bajo la categoría del contrato de obra.

⁹⁸ En el que es esencial el consentimiento de los contratantes (ver artículo 1261 del Código Civil).

⁹⁹ Considerando a la autorización y a la concesión en su concepto clásico. Es decir, como un acto administrativo por medio del cual se levanta una prohibición que establece una norma de policía (autorización); o como un acto por medio del cual se concede un derecho al ciudadano (concesión).

Un paso decisivo en la regulación de las prestaciones sobre la base del contrato de obras públicas, se produce con la Ley de 29 de diciembre de 1876 de Bases de Obras Públicas¹⁰⁰, en las que se indica:

“Para el examen y aprobación de los proyectos, vigilancia en la construcción y conservación de las obras públicas, su policía y uso, dependerán aquellas de la Administración en cualquiera de sus esferas central, provincial o municipal”. (Base segunda).”

Si se analizan las prestaciones a las que se refiere esta base, se puede ver como muchas de esas prestaciones se podrían englobar dentro del actual contrato de servicios; así son susceptibles de este fenómeno la elaboración de proyectos, la vigilancia en la construcción y determinadas actividades de conservación¹⁰¹.

Más adelante en la Base tercera, disponía que:

“Podrán construir y explotar obras públicas el Estado, las provincias y los Municipios, bien por administración ó por *contrata*. También podrán hacerlo los particulares ó Compañías mediante concesiones con arreglo a lo que prevengan las leyes”.

Como se ve en esta base la construcción y la explotación de las obras públicas del Estado, de la provincia y del municipio, son susceptibles de contratación. Con una finalidad puramente didáctica se podría decir que dentro de las labores de construcción se puede englobar la redacción de los proyectos de obras o la dirección de las mismas¹⁰², actividades que actualmente se engloban dentro del contrato de servicios, y dentro de las actividades de explotación se pueden incluir las labores de conservación, tales como la limpieza, las operaciones de mantenimiento de las instalaciones o la vigilancia.

Y finalmente la Base octava, se decía que:

¹⁰⁰ Sobre las obras públicas, T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Las obras...*, op. cit., pág. 2434, dice que “El siglo XIX y especialmente su segunda mitad, es, ante todo, un siglo de grandes obras públicas...”.

¹⁰¹ Piénsese por ejemplo que dentro de la conservación de la obra pública, se pueden incluir prestaciones como la realización de labores de limpieza, hoy se trataría claramente de una prestación objeto de contrato de servicios. Esta es la muestra de cómo, en la medida de lo posible, se busca expandir la regulación típica para buscar cobijo bajo la regulación que la misma ofrece.

¹⁰² La dirección facultativa de las obras públicas constituye una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad, y que claramente puede ser objeto de contratación bajo el marco del contrato de servicios.

“La dirección facultativa de las obras públicas que se lleven a cabo por administración, y la vigilancia de las que se hagan por contrata, estarán confiadas al cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, cuando sean a cargo del Estado; a este mismo cuerpo o a los Ayudantes de Obras públicas¹⁰³ cuando sean a cargo de las provincias, y a las personas que designen los Municipios siempre que posean título profesional correspondiente que acredite su aptitud, cuando sean a cargo de los Ayuntamientos. Dentro de las condiciones establecidas para cada caso, el nombramiento de estos agentes facultativos se hará libremente por el Estado, por la Diputación provincial ó por el Ayuntamiento respectivo. Se exceptúan las construcciones civiles ajenas al cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, las cuales estarán encomendadas a Arquitectos con título profesional, y los caminos vecinales que continuarán a cargo de los Directores de los mismos con arreglo a la legislación vigente”.

Tratando de hacer una desagregación de lo dispuesto en esta base, se observa la desagregación de las funciones de vigilancia para la ejecución de las obras públicas por contrata. Esta desagregación da pie para su encomienda en el caso del Estado al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos¹⁰⁴, y en las provincias a este Cuerpo o a los Ayudantes de Obras Públicas y en los Ayuntamientos a la persona que se designe¹⁰⁵, respeto a las construcciones que correspondan al cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. En lo relativo a las construcciones ajenas al mencionado cuerpo, las funciones se encomiendan a Arquitectos con título profesional¹⁰⁶, y en el caso de tratarse de caminos vecinales a los Directores de los mismos.

¹⁰³ Los Ayudantes de Obras Públicas, tenían la condición de funcionarios, en este sentido ver el artículo 33 de la Instrucción para tramitar las concesiones particulares de que trata el capítulo 6 de la Ley de puertos de 7 de mayo de 1880, del 6 de diciembre de 1884.

¹⁰⁴ Sobre el Cuerpo de Ingenieros de Caminos, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la Función Pública Española*, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989, págs. 85 y sig., dice que: “En 1848, el Cuerpo de Ingenieros de Caminos estaba integrado por tan sólo 98 ingenieros, lo que, en el seno de la burguesía, “los convertía en un Cuerpo poderoso no sólo por sus conocimientos”. Su poder político no fue menor, a pesar de la escasez cuantitativa de sus efectivos. De otro lado, en los primeros años, suponemos que por razones obvias de necesidad, el ingreso y la salida de la Escuela no era muy difícil. Luego se iría complicando con los años. De todos modos, a pesar del crecimiento, el cuerpo de ingenieros de caminos no superó hasta 1865 el número de 200 miembros”.

¹⁰⁵ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 86, nos recuerda que esta previsión esta amparando la posibilidad de contratación de estas actividades.

¹⁰⁶ La expresión utilizada por esta base “arquitectos con título profesional” y “cuerpo de ingenieros de caminos, canales y puertos”, nos hace pensar que en el caso de tratarse de obras civiles ajenas al cuerpo de ingenieros de caminos, canales y puertos, cabe acudir al sistema de contrata para su dirección facultativa o para su vigilancia, puesto que si fuera de otro modo esta base habría aludido al cuerpo de arquitectos. Las

Cabe concluir que con esta Ley de Bases que esta desagregación o individualización de la función de vigilancia abre por vez primera la posibilidad de considerar estas prestaciones relacionadas con la ejecución de obras públicas, y que hoy en día se encuentran encuadradas dentro del contrato de servicios, podrían ser objeto de una relación diferenciada de la contractual principal.

Los servicios en la Ley General de Obras públicas:

El siguiente paso en la evolución legislativa de las Obras Públicas se produce con la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877¹⁰⁷, que se completa con su reglamento de desarrollo¹⁰⁸. El análisis de este cuerpo legal¹⁰⁹ se inicia aludiendo al artículo 3 de la citada Ley, que decía que:

previsiones contenidas en esta base fueron desarrolladas por el artículo 30, párrafo segundo de la Ley General de Obras Públicas, cuyo tenor literal era el siguiente: “ Se exceptúan las construcciones civiles, cuyo estudio, dirección y vigilancia se encomendará a los Arquitectos con título, nombrados libremente por el Ministro a que las obras correspondan”, por lo que el desarrollo ulterior parece que acepta la tesis que nosotros mantenemos, ya que aunque el precepto utiliza el término nombramiento en el mismo no se puede considerar que este implícita una relación funcional, primero porque no se alude a la superación de ningún proceso selectivo, y segundo porque las prestaciones a realizar por el arquitecto “nombrado” no tienen una vigencia indefinida.

¹⁰⁷ En cuanto a los principios inspiradores de esta Ley, T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Las obras públicas*, op. cit., pág. 2452, dice que: “ En rigor, este en apariencia complejo código es susceptible de resumirse, como los diez mandamientos, en dos grandes reglas generales: reserva al Estado, Provincia o Municipio de la titularidad de las obras públicas (bien en función del carácter mismo de la obra, bien por razón del otorgamiento de subvenciones o de la ocupación de dominio público) en garantía de los intereses generales implicados en ellas y exigencia de un concesionario interpuesto en todos aquellos casos en que la obra sea susceptible de explotación mediante precio, es decir, reserva a los particulares de la obra pública en cuanto negocio”.

¹⁰⁸ Esta legislación general de obras públicas se completa con el reglamento de desarrollo de la Ley General de Obras Públicas, de 6 de julio de 1877.

¹⁰⁹ J. PEMÁN GAVÍN, *Sobre la regulación de las carreteras en el derecho español: Una visión de conjunto*, Revista de Administración Pública, número 129, 1993, página 118, dice sobre la Ley General de Obras Públicas, que la misma constituye la norma de cabecera de la legislación de obras públicas de la Restauración.

“Las obras públicas, así en lo relativo a sus proyectos como a su construcción, explotación y conservación, pueden correr a cargo del Estado, de las provincias, de los Municipios y de los particulares ó Compañías¹¹⁰”

En su artículo 4 la LGOP establecía una clasificación una caracterización de las obras públicas que son de cargo del Estado, disponiendo el artículo 25 LOGP que se podían ejecutar por administración o *por contrata*, limitando ya este precepto los supuestos de ejecución por administración en los siguientes términos:

“.....El primer método se aplicará únicamente a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, o por cualquiera otra circunstancia¹¹¹”.

En los mismos términos se manifiestan los artículos 5 y 39 de la Ley con respecto a las obras de las provincias; y los artículos 6 y 48 con respecto a las obras municipales.

Estas referencias a prestaciones que más adelante constituirían prestaciones propias del contrato de servicios pueden encontrarse en la legislación especial de obras públicas¹¹², en

¹¹⁰ Esta referencia que la ley hace a los particulares ha de entenderse hecha al sistema de concesión, así nos lo dice el artículo 53 de la Ley General de Obras Públicas, que señala que: “Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeren en el artículo 7 de esta ley mediante concesiones que al efecto se les otorguen”.

¹¹¹ En el precepto transcrito parece que subyace un recelo sobre la capacidad gestora de la Administración, tratando de limitar el sistema de administración, si bien es cierto que la expresión que utiliza el precepto “.....o por cualquiera otra circunstancia.” constituye una clausula que convierte la enumeración realizada por el precepto en un *numerus apertus*. Sobre la desconfianza que genera la capacidad gestora de la administración, ver, S. MARTÍN RETORTILLO BLANQUER, *Instituciones de derecho administrativo*, op. cit., pág. 370. No debemos olvidarnos que nos encontramos ante una legislación que tiene una inspiración liberal, en este sentido nos resultan interesantes las consideraciones realizadas por los profesores L. PAREJO ALFONSO y otros, , *Manual de derecho administrativo*, Ariel Derecho, 1998, pág. 423, los cuales al aludir al servicio público y en concreto a las actividades técnicas que en virtud del mismo ha de asumir la Administración, nos hablan de lo que ellos denominan el dogma liberal burgués de la incapacidad del Estado en este terreno. Dogma que probablemente sirvió de inspiración a las restricciones que al sistema de administración hace el precepto transcrito.

¹¹² Cabe recordar que el artículo 2 de la Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876, señalaba que: “ Se autoriza al Ministro de Fomento para que, oyendo al de Marina en lo relativo a aquella parte del ramo de puertos que afectan a los servicios dependientes de este departamento, y por si solo en los demás, pero siempre con informe de la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos, y oído el Consejo de Estado en pleno, redacte y publique por Real decreto aprobado en Consejo de Ministros, con sujeción a estas bases, la ley general de obras públicas y las especiales de ferrocarriles, carreteras y puertos”.

concreto, hay que aludir a la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877¹¹³, el Capítulo II que llevaba por rúbrica “De las carreteras costeadas por el Estado”, en su artículo 21¹¹⁴ señalaba que tanto la construcción como la conservación y reparación de las carreteras puede llevarse a cabo por el sistema de Administración o por el de contrata, contiene este precepto una limitación similar a la que recogía el artículo 25 de la Ley General de Obras Públicas¹¹⁵. El capítulo III de la Ley lleva por rúbrica “De las carreteras costeadas por las provincias” pronunciándose con respecto a la contratación de obras sobre carreteras competencia de las provincias, el artículo 31¹¹⁶ en los mismos términos que lo hace el 21 con respecto a las carreteras de competencia del Estado. Finalmente señalar que el capítulo IV está dedicado a las carreteras costeadas por los Municipios, pronunciándose el artículo 41 en los mismos términos que lo hacía el artículo 21 con respecto a las obras costeadas por el Estado.

Resulta interesante reproducir el artículo 42 de la ley, que dice lo siguiente:

“Para la redacción de los proyectos y dirección y vigilancia de las obras de caminos vecinales, los Ayuntamientos elegirán las personas que estimen conveniente, con tal de que éstas tengan algún título profesional que acredite su aptitud, conservando su derecho los directores de caminos vecinales”¹¹⁷.

¹¹³ J. PEMÁN GAVÍN, *Sobre la regulación...*, op. cit., pág. 117, dice que: “La regulación legal de las carreteras en España arranca de mediados del siglo pasado, época en la que se dictaron los primeros textos legales que llevaron a cabo una regulación general de las carreteras: la Ley de 7 de mayo de 1851 (Ley ARTETA) y la de 22 de julio de 1857 (Ley MOYANO). No obstante, sería el periodo de la Restauración (tan fecundo desde el punto de vista legislativo) el que produjo en esta materia una legislación llamada a perdurar, legislación cuya vigencia habría de prolongarse por espacio de casi un siglo”.

¹¹⁴ El artículo 23 de la ley encomendaba a los funcionarios del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos el estudio de los proyectos de carretera, la dirección de las obras que se ejecuten por administración, la vigilancia de las que se construyan por contrata y la inspección.

¹¹⁵ Dice el artículo 21 in fine: “... limitando la aplicación del primer método (el de administración) a aquellos trabajos que no puedan sujetarse fácilmente a presupuestos porque en ellos predomine la parte aleatoria, y a los casos en que así se considere conveniente por circunstancias especiales que se harán constar en los respectivos expedientes”.

¹¹⁶ El artículo 32 de la ley encomienda, para las carreteras de competencia de las provincias, a los ingenieros de caminos, canales y puerto, o a los Ayudantes de Obras Públicas, nombrados libremente por la diputación los proyectos, la dirección e inspección y vigilancia de las carreteras provinciales.

¹¹⁷ A nuestro juicio este precepto reflejaba una realidad que afectaba a los Municipios, consistente en que los mismos no disponían de una plantilla de personal lo suficientemente amplia como para hacer frente con su personal a estas funciones por lo que las podían contratar.

El precepto transcrito ampara directamente, en el caso de los Municipios, la posibilidad de contratar la redacción de proyectos¹¹⁸ y la dirección y vigilancia¹¹⁹ de las obras de caminos vecinales. Esta previsión está en consonancia con la escasez de medios técnicos que tienen algunas corporaciones locales. La normativa de carreteras se completaba con el Reglamento de Policía y Conservación de Carretera de 3 de diciembre de 1909 disponiendo su artículo 8 lo siguiente:

“Los Alcaldes cuidarán en sus respectivos términos jurisdiccionales de que los caminos y sus márgenes estén desembarazados y que nada obstruya el tránsito...”

Impone el precepto transcrito una obligación de conservación a los Alcaldes de las carreteras que estén en sus términos jurisdiccionales. Dentro de estas labores de conservación se encuentran las labores de limpieza¹²⁰ previstas directamente en la citada Ley de Carreteras¹²¹. Ya ha quedado dicho que son las necesidades externas las que justifican el nacimiento de un contrato típico, si bien es cierto que esas necesidades externas deben tener una relevancia o sustantividad importantes, es precisamente, en aquéllos casos en los que las necesidades externas adquieren relevancia cuando el legislador se plantea la creación de un contrato típico, puesto que las necesidades del tráfico jurídico administrativo así lo

¹¹⁸ La redacción de un proyecto constituye una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado, por lo tanto entraría dentro del ámbito del actual contrato de servicios. Esta es una manifestación del fenómeno de la expansión de la regulación típica de una manera, asistemática, para cubrir por medio de la misma las necesidades de contratación de la Administración.

¹¹⁹ La dirección y vigilancia de las obras constituyen prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad, entrando de esta manera dentro del ámbito del contrato de servicios. Dentro de estos dos tipos de prestaciones se podrá ver lo que ha sido una constante en el contrato de servicios, o mejor dicho en las prestaciones propias del contrato de servicios, cual es la existencia de unas prestaciones que tienen un componente intelectual (dirección) y las que no lo tienen (vigilancia)

¹²⁰ La limpieza constituye una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad, entrando por lo tanto dentro del ámbito del actual contrato de servicios. Nuevamente se expande el contrato típico, para cubrir las necesidades de la Administración. Este fenómeno también lo vemos en la actualidad cuando en ocasiones se fuerza la calificación jurídica de un contrato, para que el mismo caiga en algún tipo concreto y evitar que pueda calificarse como negocio atípico carente de regulación o administrativo especial, con una regulación menos proteica.

¹²¹ Como ya hemos visto el artículo 41 de la Ley de Carreteras permitía al Municipio la contratación de las labores de conservación de las carreteras, por lo que este precepto en definitiva lo que está haciendo es amparar la contratación de los servicios de limpieza de las carreteras, observamos, en este caso, cómo se advierte un desbordamiento de los medios de la Administración, el mismo justifica la contratación externa

demandan. En este caso, las contrataciones de prestaciones accesorias a la obra pública, y que hoy son calificadas con toda normalidad como contrato de servicios, se contrataban bajo la forma del contrato de obra pública.

Completa la legislación en materia de carreteras el Real Decreto de 27 de marzo de 1919, por el que se aprueba el Reglamento de general para la organización y régimen de las Juntas de Obras de conservación y reparación de carreteras en cada provincia, estableciendo su artículo 18 las facultades económicas que correspondían a las Juntas, figurando en quinto lugar la posibilidad de celebrar contratos con entidades industriales, mineras, agrícolas, etc., para la conservación y reparación de determinados trozos de carretera, previa autorización de la Superioridad. Como venimos manteniendo dentro de las labores de conservación encontramos los trabajos de limpieza, estando facultada la Junta para la contratación de los mismos cuando fuera autorizada por la Superioridad.

Se debe hacer una observación sobre las labores de conservación de las carreteras, en concreto, acerca de una de las prestaciones que comprende las labores de conservación que es la limpieza. En este sentido se tiene que decir que la posibilidad de contratación de estas prestaciones ha de entenderse como una posibilidad residual debido a que las labores de limpieza, en principio, estaban encomendadas por el Reglamento para la organización y servicio de los peones capataces y camioneros de 19 de enero de 1867 a los peones camineros, si bien es cierto que debido a lo diverso de las funciones que desempeñaba este personal¹²², y a la extensión de la superficie que tenían que vigilar¹²³, hacían imposible que

¹²² Artículo dedicado a la Conservación de carreteras, Revista de Obras Públicas de 20 de julio de 1905, págs. 213 y 214, dice que: “Al peón caminero se le encomiendan dos funciones muy distintas. La de vigilante de la carretera con carácter de guarda jurado, y la de jornalero para cuidar de su conservación”.

¹²³ Artículo dedicado a la Conservación de carreteras, Revista de Obras Públicas de 20 de julio de 1905, págs. 213 y 214, dice que: “Tampoco lo hay en lo referente al número de kilómetros al servicio de cada peón, que durante muchos años fue de tres kilómetros, luego de cuatro y después de cinco”.

cumplieran sus funciones¹²⁴. Es justamente a causa de esta insuficiencia la que plantea a la Administración acudir a la contratación externa de la limpieza de las carreteras.

También podemos encontrar en la Ley de Aguas de 13 de junio 1879¹²⁵, supuestos en los que la Administración puede encargar la realización de prestaciones que actualmente formarían parte de la prestación de servicios. Si bien, el despegue de las grandes obras hidráulicas no se produce hasta el siglo XX (Ley 7 de julio de 1911, sobre construcción de obras hidráulicas con destino a riesgos y de defensa y encauzamiento de las corrientes y Plan de 1920 (buscar)¹²⁶.

Así el artículo 57 de la Ley de Aguas de 1879, se habilitaba a la realización de obras por parte de la Administración en los siguientes términos:

“Las obras de interés general, provincial ó local necesarias para defender las poblaciones, territorios, vías o establecimientos públicos y para conservar encauzados y expeditivos los ríos navegables y flotables, se acordarán y costearán por la Administración, según lo prescrito en la ley general de Obras Públicas.

El examen y aprobación de los proyectos relativos a esta clase de obras corresponde al Ministro de Fomento, quien habrá de autorizar la ejecución de las mismas, previos los trámites que se señalarán en el reglamento de ejecución de la presente ley”.

¹²⁴ El sistema de conservación de las carreteras fue criticado debido a las carencias que el mismo planteaba y que hacía prácticamente imposible poder conservar las carreteras en condiciones adecuadas, en este sentido cabe citar el artículo de la Revista de Obras Públicas dedicado a la conservación de las carreteras de 20 de julio de 1905, págs. 213 y 214, en el mismo se proponían distintas alternativas para mejorar el sistema de conservación entre las cuales figuraba la de reducir el número de kilómetros a cargo de cada peón, aumentar la plantilla o mejorar el sistema selectivo de este personal, mediante la realización de exámenes que pusieran para comprobar sus conocimientos sobre la normativa de conservación de carreteras.

¹²⁵ Cuya promulgación se fundamenta, como sabemos, en lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876.

¹²⁶ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo III, décima edición*, Marcial Pons, 2005, pág. 131, dice que: “ S. Martín Retortillo ha puesto de relieve que, a principios del siglo XX, la política de obras hidráulicas adquirirá mayores proporciones tras los primeros congresos de agricultores y labradores y los esfuerzos de los regeneracionistas, entre los que sobresalen Macías Picavea Y Joaquín Costa”.

Como se recordará la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, permitía la contratación de las obras públicas del Estado, de la provincia y del municipio, como requisito previo a la construcción de las obras públicas se encuentra la redacción del oportuno proyecto que podía contratar la Administración con particulares, si bien el mismo debía ser examinado y aprobado por los servicios del Ministerio de Fomento.

Más adelante el artículo 58 de la ley decía que:

“El Ministerio de Fomento dispondrá que se haga el estudio de los ríos bajo el punto de vista del mejor de las corrientes, así como de los trozos navegables y flotables; el aforo de sus corrientes y medios de evitar inundaciones, fijar los puntos donde convenga hacer obras de encauzamiento, sanear encharcamientos y mantener expedita la navegación y flotación”.

Como parece desprenderse de este precepto los estudios de los ríos pueden ser objeto de un encargo autónomo respecto de la correspondiente obra hidráulica lo que suscita el tema de la posibilidad de su realización por medios ajenos a la Administración. Realización en la actualidad constituirían una prestación propia del contrato de servicios¹²⁷.

El propio artículo 59 de esta Ley prevé que este encargo autónomo pueda realizarse por el propio Ministerio de Fomento.:

“También dispondrá el Ministro de Fomento que se estudien aquellas apartes de las cuencas y laderas de los ríos, que convenga mantener forestalmente poblados en interés del buen régimen de las aguas¹²⁸”.

¹²⁷ Haciendo una lectura sistemática de los artículos 57 y 58 de la ley, se puede decir que los mismos amparan la posibilidad de que los estudios mencionados en el artículo 58 sean contratados,

¹²⁸ A este precepto le resultan de aplicación las consideraciones realizadas sobre el artículo 58. Piénsese que en el siglo XX se incrementan las obras hidráulicas y como consecuencia de este incremento la Administración no dispone de medios para afrontar todos los estudios que la legislación la encomienda; es esta falta de medios lo que hace que se acuda a la contratación de las prestaciones que no se pueden satisfacer con los recursos propios

GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A., también cita en línea con los precedentes antes indicados el Real Decreto de 26 de abril de 1900 que aprueba la Instrucción reguladora de los contratos provinciales y municipales que exceptuaba en su adjudicación tanto de las formalidades de la subasta como de las reglas del concurso a aquellos “...contratos relativos a formación de proyectos, planos o cualesquiera otros estudios análogos en los que sean necesarios conocimientos científicos de determinada carrera”. En ella, según este autor quedaban excluidas los contratos en los que predominen prestaciones intelectuales que serían actualmente contrato de servicios.

La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911¹²⁹ dedica su capítulo V a la regulación de la contratación de servicios y obras públicas (artículos 47 a 66)¹³⁰. De esta regulación interesa destacar que el artículo 47 disponía que la regla general para la adjudicación era la subasta, si bien era posible acudir al concurso para determinados tipos de contratos, entre los que se encontraban aquellos “...que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas”. Esta posibilidad permitía amparar contratos cuyo objeto eran prestaciones de carácter intelectual como podrían ser la realización de estudios, la elaboración de proyectos¹³¹ o de planos. Prestaciones que hoy en día se incluyen dentro del objeto del contrato de servicios.

¹²⁹ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 88, nos dice sobre esta ley que: “Deroga la ley de 25 de junio de 1870. Esta Ley de 1911 recoge los postulados expuestos en el Proyecto de Ley Azcárraga de 15 de noviembre de 1900. También MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit.

¹³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, Revista de Administración Pública, núm. 10, 1953, op. cit., pág. 247, dice sobre esta ley que: “...estaba dominada, más que por el propósito de una regulación sustantiva de la contratación administrativa, por el de establecer garantías formales para la aprobación de gastos con motivo de la ejecución de obras y servicios públicos. Fruto de esta concepción es la regulación preponderante de las formas o sistemas de contratación con relación a su contenido”.

¹³¹ Acerca del valor de los proyectos, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 2461, dice que: “Con ello (refiriéndose a la redacción del proyecto) se asegura en todo caso, no sólo la verificación de la corrección técnica de la obra que intenta realizarse, sino también y fundamentalmente, como subraya el artículo 58 de la Ley General, el cabal juicio de la obra, de su objeto y de las ventajas que su construcción ha de reportar a los intereses generales”.

También resulta interesante recabar en este punto del trabajo la posición que mantenía la jurisprudencia. Así el profesor RIVERO YSERN, E.¹³² cita un Auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1934, en el que se califica de administrativo el contrato en el que interviene un arquitecto en la elaboración de unos planos, dice el mencionado auto que:

“No cabe el supuesto de hacer la distinción entre el encargo para la formación del plano del mercado y su misma construcción, estimándolos como cuestiones de distinta naturaleza, la una civil, la otra administrativa, porque sin el plano no era factible la construcción del mercado”.¹³³

La Ley de 20 de diciembre de 1952, que da una nueva redacción al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda del Estado no aportó novedades significativas en esta materia.

El Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, que resulta de aplicación a la contratación de bienes, obras y servicios por las Corporaciones locales¹³⁴, contiene una regulación de las distintas fases de ejecución del contrato, tiene un especial interés dada la incidencia que en la contratación local tenía –como se ha indicado– la encomienda de prestaciones desagradadas en el contrato de ejecución de obra pública. Se mantiene la posibilidad de dividir las prestaciones sobre las que recae el contrato de obra, apareciendo en esta división prestaciones que actualmente se encuadran dentro del objeto del contrato de servicios, así podemos citar el artículo 37 del Reglamento que decía que:

“Podrán celebrarse por concurso-subasta¹³⁵ o por concurso los contratos siguientes:

¹³² E. RIVERO YSERN, *El contrato administrativo en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 202.

¹³³ Este auto ampara la posibilidad de separar y contratar de manera independiente la realización de un plano para la construcción de una obra pública, teniendo la consideración de contrato de obra pública, por lo tanto de administrativo.

¹³⁴ Así lo decía la disposición adicional primera, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

¹³⁵ L. LÓPEZ RODÓ y A. GUAITA, *Los contratos de...*, op. cit., pág. 306, dice que: “Según este sistema, cabe hacer una previa selección de los licitadores para limitar la subasta sólo a los de mayor solvencia”.

-
- 1° Los de compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero.
 - 2° Los de adquisición de efectos cuyo precio no se pueda fijar previamente.
 - 3° Los que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas.¹³⁶
 - 4° Los de adquisición y arrendamiento de inmuebles.
 - 5° Los de concesión de servicios y los de explotación de servicios municipalizados en régimen de Empresa mixta.
 - 6° Los que se refieran a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidos previamente por la Corporación y que hayan de presentar los licitadores.¹³⁷
 - 7° Los relativos a la formación de proyectos o anteproyectos de obras o servicios determinados, que hayan de servir de base en su día para contratarlas.¹³⁸
 - 8° Aquellos en que la Corporación facilite medios auxiliares para realizarlos y cuya buena utilización exija garantías singulares por parte de los contratistas.
 - 9° Los en que la licitación haya de llevarse a cabo sobre tipos o precios múltiples”.

Este precepto permite reforzar la posibilidad de dividir las prestaciones que comprende el contrato de obra pública. Esta división llevaría a la posibilidad de que se contratara (por ejemplo) la elaboración de un proyecto (prestación que actualmente se incluye dentro del objeto del contrato de servicios¹³⁹) y que ese contrato presentara una naturaleza administrativa, por tratarse de un contrato de obra pública.

En el ámbito de la contratación local es preciso aludir también al Decreto de 29 de noviembre de 1962, de Ordenamiento de la Administración local para su aplicación a la

¹³⁶ A este supuesto le resulta de aplicación las consideraciones ya realizadas sobre el artículo 47 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, en la redacción que le da la Ley de 20 de diciembre de 1952.

¹³⁷ A nuestro juicio todas las prestaciones recogidas en este apartado se pueden subsumir dentro del objeto del actual contrato de servicios.

¹³⁸ Esta prestación también se puede subsumir dentro del objeto del actual contrato de servicios.

¹³⁹ Cabe hacer en este punto una importante precisión, ya que actualmente, con la Ley de Contratos del Sector Público, el proyecto de la obra se puede contratar conjuntamente con la obra, en cuyo caso no nos encontramos ante un contrato de servicios sino ante un contrato de obras. El contrato será de servicios cuando la elaboración del proyecto se contrate de una manera independiente. Ver artículos 8 y 10 de la Ley de Contratos del Sector Público.

provincia de Sahara (en sus artículos 86 a 94 regulaba lo relativo a los contratos de las Corporaciones locales), sobre esta regulación señalar que afectaba a la contratación de obras y de servicios (artículo 86. 3º y 4º) y que la posibilidad de acudir al concurso se reduce con respecto al resto de las corporaciones locales que formaban parte del Estado¹⁴⁰. En la parte que interesa se puede acudir al concurso según el artículo 86.5º.3º: En los contratos que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas, supuesto este idéntico al del artículo 37.3 º del Reglamento de Contratación de 1953, se restringe pues en esta provincia las posibilidades de acudir al concurso.

Otro paso en esta evolución normativa es el Decreto de 12 de julio de 1962 en el que se contenían las normas a las que debía sujetarse la elaboración de los proyectos de obras del Estado y de los Organismos autónomos. dice GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A. indica que este Decreto constituye una buena muestra de la importancia que van adquiriendo estos contratos para la Administración Pública¹⁴¹. Se advierte como esta norma tiene por objeto unificar los criterios de elaboración de los proyectos y anteproyectos para la ejecución de obras en el Estado. Sin embargo, su contenido desborda esta intención inicial de lo que expresado en la Exposición de Motivos ya que incluye previsiones de carácter técnico que abundan en la individualización y sustantivación de las prestaciones que tienen un componente intelectual.

Por su parte la Orden de 24 de noviembre de 1962 que aprueba el Pliego de Condiciones Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos en orden a la elaboración de proyectos¹⁴², constituye la mejor muestra de que este tipo de contratos se incorporan a la práctica cotidiana de la Administración, al preverse un conjunto de cláusulas generales de salvaguarda y así facilitar su correcta contratación.

¹⁴⁰ El Reglamento de 1953 recogía 9 supuestos en los que se podía acudir al concurso, mientras que esta normativa especial aplicable a la provincia del Shara recogía 5 supuestos.

¹⁴¹ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 91.

¹⁴² Prestaciones que se pueden encuadrar perfectamente dentro del objeto del actual contrato de servicios.

En línea con esta evaluación, la Ley de 28 de diciembre de 1963 de Bases de Contratos del Estado alude en su Base tercera a la “Preparación del contrato”, incluyéndose dentro de esta preparación lo relativo a la elaboración de proyectos, estableciéndose una serie de principios relativos a los proyectos¹⁴³, sin introducir en lo que nos interesa ninguna novedad significativa, salvo la propia previsión al máximo nivel legal de una consideración particular a estas prestaciones que es un indicativo de su relevancia.

El Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril), regula en sus artículos 20 y siguientes una serie de reglas relativas a la elaboración del proyecto. Se admite la posibilidad de contratación independiente de determinadas prestaciones que hoy recaerían en la órbita del contrato de servicios: así el artículo 35. 4 dice que pueden celebrarse mediante concurso los contratos que por su naturaleza exijan aptitudes especiales en los empresarios. La expresión “aptitudes especiales” permite pensar en la elaboración de proyectos y anteproyectos, para lo que se requiere un título profesional (aptitud especial), la realización de estudios sobre las obras, para lo que también es necesario estar en posesión de un título profesional, o finalmente también la dirección facultativa de las mismas¹⁴⁴.

Se ha podido comprobar cómo buena parte de las prestaciones del actual contrato de servicios originariamente se encontraban dentro del contrato de obra pública, ligadas al mismo formando una unidad operativa o funcional. El legislador no consideraba oportuno, en este momento, sustantivizar las prestaciones del contrato de servicios dotándolas de

¹⁴³ Así la Base tercera apartado 1, decía lo siguiente: “ Se establecerán normas que hayan de presidir la elaboración y la aprobación de los proyectos que sirvan de base a los contratos de obras, con arreglo a los siguientes principios:

1.º Los proyectos deberán referirse a obras completas, sin perjuicio de que se hagan las oportunas salvedades cuando aquellas sean susceptibles de descomponerse en parte sustancialmente definidas.

2.º Se definirán los elementos que haya de comprender todo proyecto de obras.

3.º Deberá preverse la existencia de instrucciones técnicas para la elaboración de proyectos de obras, así como de oficinas especializadas para su previa revisión”.

¹⁴⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1961, calificaba de administrativo, un contrato que tenía por objeto la dirección técnica de las obras para construir un Ayuntamiento.

autonomía, porque no tenían la relevancia o entidad suficiente que las hiciera desprenderse del contrato de obras. En este momento, la contratación de prestaciones accesorias a la obra pública como un contrato calificado de obra pública no planteaba problemas de gestión u operativos, que demandaran la existencia de una modalidad autónoma capaz de subsumir esas prestaciones accesorias. No obstante, sí que parece claro que se comienzan a advertir en el seno de la modalidad estudiada, ciertas prestaciones que se singularizan (principalmente los trabajos técnicos) para las cuales se establecen reglas específicas en materia de adjudicación (concurso), o incluso debido a su especialidad y ante la carencia de medios de la Administración se permite su contratación con particulares (obras municipales).

2.3. El contrato de servicios públicos, tronco común de las prestaciones del contrato de servicios y del contrato de suministro.

Es necesario hacer una aclaración debido a que se están manejando tres contratos típicos cuales son los de gestión de servicios públicos, servicios y suministros. Cuando se alude en el epígrafe al contrato de servicios públicos la referencia se hace al actual contrato de gestión de servicios públicos¹⁴⁵.

También hay que aclarar que finalmente se ha optado por incluir dentro de este apartado las referencias al contrato de suministro, puesto que el contrato de servicios públicos ha servido de tronco común del que han brotado el contrato de suministro¹⁴⁶ y el de servicios, ya que durante algún tiempo parte de las prestaciones que hoy comprende el contrato de servicios estuvieron englobadas dentro del contrato de suministro, antes de que el mismo adquiriera tipicidad (como veremos esta inclusión se manejó a nivel doctrinal, nunca pasó al plano normativo).

¹⁴⁵ El artículo 8.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “ El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”.

¹⁴⁶ Así lo señala el profesor L. COSCULLUELA MONTANER, en su trabajo, *El contrato de suministro*, op. cit., págs. 981 y siguientes.

Resulta temerario adentrarse en el concepto de servicio público ya que el mismo excede con creces los propósitos del trabajo, pero me siento obligado a dar unas pinceladas del mismo con el fin de demostrar su inconsistencia dogmática, debido a que la misma ha afectado en algún momento a las prestaciones del contrato de servicios, lo que hizo que coincidiendo con momentos expansión del concepto determinadas prestaciones del hoy contrato de servicios pudieran integrarse dentro del contrato de servicio público.

Este concepto (el de Servicio Público) tiene su origen en Francia¹⁴⁷ de la mano de dos autores DUGUIT¹⁴⁸ y HAURIUO¹⁴⁹ y de la doctrina del Consejo de Estado¹⁵⁰. La noción de servicio público se complica a raíz de la crisis económica de 1929 sumiendo a la doctrina administrativa en un mar de confusión¹⁵¹. Lo que se pretende, en estas líneas, es plantear que la noción de servicio público adolece de cierta inconsistencia dogmática, como expresivamente señalaría ALESSI las nociones de servicio público son tantas cuantos los autores que de él se han ocupado, aunque sea incidentalmente¹⁵², y es una noción que ha

¹⁴⁷ F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en derecho español*, número 135, Revista de Administración Pública, 1994, pág. 7, dice que: “El concepto de de Servic Public, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada a España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia”.

¹⁴⁸ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, número 150, 1999, pág. 57, nos dice que: “...Duguit, que hizo de él (el servicio público), más que el centro de gravedad, el objeto único del Estado y del Derecho Público al definirlo como “ toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante””.

¹⁴⁹ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público...*, op. cit., pág. 58, Hauriou define el Servicio Público como: “ actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular, continuo, realizado para y frente al público por una organización pública nomine propio o por delegación”.

¹⁵⁰ L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, Revista de Administración Pública, número 100, 1983, pág. 2480, dice sobre el origen del servicio público que: “En efecto como han puesto de relieve numerosos autores es el arrét Terrier, de 6 de febrero de 1903, el que consagra la tesis del servicio público, ya esbozada con anterioridad por el Tribunal de Conflictos en el célebre arrét Blanco de 8 de febrero de 1973”.

¹⁵¹ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público...*, op. cit., pág. 58.

¹⁵² La cita a ALESSI la hemos recogido del trabajo del profesor F. GARRIDO FALLA, *Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*, Revista de Administración Pública, número 7, 1952, página 38.

estado sometida a continuos cambios¹⁵³. Como consecuencia de la inconsistencia dogmática del concepto hoy algunos autores prefieren utilizar el término prestación (PAREJO ALFONSO, L. y otros)¹⁵⁴. Es la inconsistencia dogmática que presenta la noción de servicio público la que permite ver como en determinados momentos, coincidiendo con una visión expansiva del concepto, actividades que hoy englobamos dentro del contrato de servicios, se incluían dentro de la noción de servicio público pudiendo ser contratadas por la Administración configurando el contrato como Administrativo (de servicio público).

Comenzando el análisis con la legislación del siglo XIX hay que aludir al artículo 8 párrafo tercero de la Ley de 2 de abril de 1845, sobre organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, que atribuía a los mencionados consejos él:

“Cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Civil, o con los provinciales y municipales, para toda especie de servicios y obras públicas”.

El profesor PARADA¹⁵⁵ sitúa dentro de la expresión contratos de toda especie de servicios a los contratos de suministros, consideración que se hace extensiva para dar cabida a prestaciones que actualmente forman parte del contrato de servicios, prestaciones que tendrían un carácter instrumental o secundario con respecto al contrato de servicio público¹⁵⁶. Esta tesis era aceptada por la jurisprudencia, así RIVERO YSERN, Enrique¹⁵⁷ analizando el periodo comprendido entre la creación de los Consejos Provinciales y la Ley

¹⁵³ J.C. CASSAGNE, *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado*, Revista de Administración Pública, número 140, 1996, pág. 95, dice que: “Pocas instituciones (como el servicio público) han soportado tanto el peso de los cambios operados en el campo de la economía.

¹⁵⁴ L. PAREJO y otros, *Manual de derecho administrativo*, op. cit., pág. 424, dicen que: “Para aludir al conjunto de actividades, de diferente contenido, que realiza la Administración para el ciudadano uti singuli, es decir, individualmente considerado, se emplean hoy indistintamente las expresiones servicio público y prestación. Sin embargo, como últimamente ha razonado de modo convincente R. Parada, la imprecisión de la noción de servicio público aconseja la utilización más bien de la de prestación”.

¹⁵⁵ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 985.

¹⁵⁶ Así podemos citar a las labores de limpieza de los edificios públicos.

¹⁵⁷ E. RIVERO YSERN, *El contrato administrativo en la jurisprudencia*, op. cit, pág. 200.

de 13 de septiembre de 1888, recuerda que a partir del año 1861 se acepta la competencia de los tribunales administrativos sobre los contratos instrumentales, cabe citar el Real Decreto de 8 de octubre de 1864 (Asunto Verder), que indicaba:

“Porque el arriendo de una casa para el servicio de una Corporación municipal viene a satisfacer directa o indirectamente una necesidad indispensable”.

COLMEIRO aborda en su obra *Elementos del Derecho Político y Administrativo en España* el tema de los suministros, aunque incluyéndolos decididamente dentro de los servicios públicos¹⁵⁸, dice:

“Hay también servicios públicos, por ejemplo, el suministro de víveres a la tropa, la fabricación de papel sellado, el transporte de géneros estancados y otros semejantes que la administración desempeña directamente por medio de agentes o cuerpos organizados ad hoc, o indirectamente cuando llama en su auxilio a la industria privada”.

Se advierte de la lectura de esta definición dada por COLMEIRO en el año 1865 que la mayor parte de las prestaciones enumeradas se podían subsumir dentro del actual contrato de suministro, pero hay una que hoy se incluye dentro del objeto del contrato de servicios, que es el transporte¹⁵⁹.

El artículo 8 del Real Decreto de 31 de mayo de 1881, regulaba la adquisición de material de escritorio y oficina en todas las dependencias del Estado, dice:

¹⁵⁸ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 986.

¹⁵⁹ Ver el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, que incluye en la categoría 2: a los servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo, en la categoría 3, se incluyen: servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto transporte de correo, en la categoría 4, se incluye: Transporte de correo vía terrestre y por vía aérea, la categoría 18 incluye los servicios de transporte por ferrocarril, la 19 los de transporte fluvial o marítimo y la 20 los servicios de transporte complementarios y auxiliares.

“Cuando se trate de servicios u objetos cuyo acopio deba hacerse en el primer mes del año económico para el consumo de todos los meses del mismo, o en un mes cualquiera con destino a varios de ellos, como son en muchas oficinas, las impresiones, el combustible, esterado, etc., podrán ejecutarse el servicio de acuerdo con los abastecedores a pagar en cada mes la parte alícuota correspondiente, consignándose en la cuenta o factura la forma de pago convenida. En este caso se irán anotando en el mismo documento las entregas parciales que se realicen, con el recibí del acreedor, se hará referencia a la factura en las cuentas mensuales, y se unirá como justificante a la Caja en la del mes en que termine el pago”.

La referencia que este precepto hace a los “servicios” debe entenderse hecha a servicios de carácter instrumental que deban realizarse en las dependencias del Estado, como por ejemplo labores de limpieza. Por lo tanto el término servicios, en este caso, no debe confundirse con el actual contrato administrativo de servicio público, sino que ha de asimilarse, más bien, con la noción civil del contrato de servicios, debiendo concebirse como prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad, instrumental o complementaria para las dependencias administrativas donde se contratan estas prestaciones.

La Ley de 13 de diciembre de 1888, cuyo artículo 5, disponía lo siguiente:

“Continuarán, sin embargo, atribuidas a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie”.

Se continúa pues con la línea que se venía manteniendo hasta ahora, atribuyéndose el conocimiento de los contratos que celebre la Administración a la jurisdicción-contencioso administrativa. RIVERO YSERN, E. analizando la jurisprudencia recaída durante este periodo cita un auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1934, en el que se considera como administrativo un contrato claramente instrumental como es la intervención de un arquitecto en la elaboración de unos planos para la construcción de un mercado, cita también una Sentencia del mismo tribunal de 14 de febrero de 1947, que califica otro

contrato instrumental como administrativo, como es el contrato de arrendamiento de un local; el citado autor hace un análisis muy interesante de la jurisprudencia recaída en el periodo que va de la Ley de 13 de septiembre de 1888 hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956, señalando que el mismo se caracteriza por el carácter expansivo de las decisiones de los tribunales administrativos¹⁶⁰.

Durante este periodo y debido, en buena medida, a la inconsistencia dogmática de la noción de servicio público y también a la propia que presentaba el contrato administrativo¹⁶¹, se producen dos fenómenos que hacen que se expanda por el lado del contrato de servicios públicos las prestaciones del que hoy conocemos como contrato de servicios: En primer lugar, se califican como de Servicio Público actividades que hoy en día son objeto de contrato de servicios (como por ejemplo la elaboración de unos planos para un edificio público por un arquitecto, la limpieza o vigilancia de un edificio público); y en segundo lugar, contratos que no tienen por objeto directo el servicio público, sino que consisten en la realización de actividades de carácter instrumental o complementario para la prestación de dicho servicio son calificadas como prestaciones propias del contrato administrativo¹⁶². Estas son las dos puertas que hicieron que durante el periodo analizado entraran prestaciones que hoy forman parte del contrato de servicios dentro del contrato de Servicio Público.

¹⁶⁰ E. RIVERO YSERN, *El contrato administrativo...*, op. cit., págs. 202 y 205 y sig., dice que: “La etapa que hemos analizado (refiriéndose al periodo que va de la Ley de 13 de septiembre de 1888 hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956) es, a nuestro juicio de capital importancia en la vida del contrato administrativo, ya que sus fronteras se vieron considerablemente ensanchadas por la Jurisprudencia. El carácter expansivo de las decisiones de nuestros Tribunales administrativos se pone de manifiesto en la aceptación, aunque parcial, de los contratos instrumentales, tanto típicos como atípicos, en la admisión de contratos administrativos atípicos que no tenían por objeto obras o servicios públicos y, finalmente, en la configuración de contratos administrativos típicos que tampoco tenían por objeto obras o servicios públicos”.

¹⁶¹ No debemos olvidarnos de que nos encontramos en un periodo en el que el contrato administrativo se comienza a configurar en nuestro ordenamiento jurídico, adoleciendo todavía de cierta inconsistencia dogmática.

¹⁶² La ausencia de una figura autónoma, que pudiera dar cobijo a prestaciones instrumentales, hizo que se produjera la comentada expansión del contrato. La expansión viene motivada por la necesidad que tenía la Administración de contratar las prestaciones señaladas revestida de *imperium*.

Por lo tanto el contrato de servicios, en sus orígenes, es una categoría refundidora¹⁶³, articulándose parte de esta refundición en torno a las prestaciones del contrato de suministro, en momentos anteriores a que el contrato de suministro adquiriera autonomía y sustantividad propia, ya que algunos autores comienzan a hablar de contrato de suministro antes de su aparición normativa, definiéndolo FERNÁNDEZ VELASCO de la siguiente manera:

“Son contratos de suministro aquellos mediante los cuales las Administraciones públicas se proveen, por mediación de un contratista, de objetos muebles, productos o materias o aun servicios (por ejemplo, servicios de transportes marítimos, o, incluso servicios de transportes terrestres por autobuses), siempre mediante una operación que se descompone en una venta o que, si se considera arrendamiento de obra, no da por resultado la creación de una obra pública”¹⁶⁴.

De esta definición interesa destacar que dentro de la misma pueden incluirse prestaciones que forman parte del actual contrato de servicios, en particular, se hace referencia a la prestación de transporte. Pero la definición dice más de lo que parece, puesto que el autor utiliza dos nociones significadas como son el “aun servicios”, lo que hace que se aproxime a la noción de contrato de servicios civil¹⁶⁵, y la referencia que hace al arrendamiento de obra, contrato este civil. Estas definiciones hacen que se advierta un cierto acercamiento a la noción que actualmente da el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del contrato de servicios¹⁶⁶. La definición aportada no significa que se haya encontrado el eslabón perdido que permita enlazar el actual contrato de servicios con el

¹⁶³ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 987.

¹⁶⁴ R, FERNÁNDEZ DE VELASCO *Los contratos administrativos*, 1927, pág. 208.

¹⁶⁵ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Contrato de obra*, Enciclopedia jurídica básica, Civitas, 1995, pág. 1597, dice sobre las diferencias entre el contrato de obra y el de servicios, que: “El contrato de obra se distingue del arrendamiento de servicios porque la prestación del contratista es de resultado, mientras que la del arrendamiento de servicios es de actividad”.

¹⁶⁶ Como ya sabemos el artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público, tiene el siguiente tenor literal: “Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

contrato de suministro, sino que es una muestra de la inconsistencia dogmática que presentaba el contrato administrativo, inconsistencia que lo convertía en una categoría flexible que se podía ensanchar con nuevas prestaciones siempre que de alguna forma se razonara que las mismas tenían algo que ver con el servicio público¹⁶⁷. Así que a nivel doctrinal la actual prestación del hoy contrato de servicios se consideró como prestación propia del contrato de suministro, no obstante esta inclusión lo fue únicamente a nivel doctrinal, ya que no tuvo su ulterior asunción normativa. En este sentido me gustaría recordar una de las ideas esenciales que he defendido en lo que respecta a la evolución histórica de los contratos administrativos, que no es otra que, en un determinado momento, se comienza a advertir un desbordamiento de los tipos contractuales típicos que hace que se comience a pensar en la necesidad de crear un contrato nuevo, que sirva mejor a los intereses públicos. Para el contrato de suministro la afirmación de FERNÁNDEZ VELASCO marca ese punto de inicio.

El profesor RIVERO YSERN, Enrique dice, con gran lucidez, que la causa que hace que tan variopintas prestaciones puedan ser consideradas como contratos administrativos, es la inexistencia de un cuerpo legal que consagre las diferentes manifestaciones de la actividad contractual de la Administración las diferentes clases de contratos¹⁶⁸.

Finalmente con la Base XIV de la Ley de Bases de contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, consagrará definitivamente el contrato de suministro en el derecho español¹⁶⁹. El desarrollo de estas bases se produjo por medio de la Ley de Contratos del Estado de 1965, cuyo artículo 1 reconocía tres tipos de contratos administrativos típicos¹⁷⁰. Con esta Ley la

¹⁶⁷ Como muestra de esta flexibilidad, citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1961, en la que se califica como administrativo un contrato celebrado entre la Administración y una editorial para estereotipar los escalafones de maestras y maestros.

¹⁶⁸ E. RIVERO YSERN, *El contrato administrativo...*, op. cit., pág. 208.

¹⁶⁹ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 989.

¹⁷⁰ El artículo 1 de la Ley de Contratos del Estado decía que: “ Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras, o la gestión de servicios del Estado, o la prestación de suministros al mismo, estarán

prestación de servicios de transportes se arranca definitivamente de la órbita del contrato de suministro¹⁷¹ (artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado¹⁷²).

A modo de conclusión de lo hasta ahora dicho se debe resaltar que el actual contrato de servicios es una figura refundidora de varias categorías, montándose parte de esta refundición, sobre el contrato de servicios públicos y sobre la elaboración que doctrinalmente se hizo del contrato de suministro¹⁷³.

2.4. El contrato de servicios como un contrato administrativo por naturaleza y su ulterior evolución.

El desarrollo del contrato administrativo de servicios tiene un punto de inflexión en el año 1965. El motivo es que los artículos 18 y 19 de la Ley de Contratos del Estado introducen la polémica figura¹⁷⁴ del contrato administrativo por naturaleza, figura hacia la que derivarán las prestaciones del actual contrato de servicios, analicémosla brevemente:

sometidos al Derecho administrativo y se regirán peculiarmente por la presente Ley y sus disposiciones complementarias.

Sólo en defecto del Ordenamiento jurídico administrativo será de aplicación el Derecho privado”.

¹⁷¹ Bien es cierto que la prestación de transporte, como hemos visto, fue incluida solo doctrinalmente dentro del contrato de suministro. Contrato que como ha señalado el profesor COSCULLUELA articula su refundición en torno al contrato de servicios públicos, *El contrato de suministro*, op. cit., pág. 990. Por lo tanto si bien se puede defender doctrinalmente que el contrato de servicios refunde prestaciones del contrato de suministros, lo cierto es que normativamente la refundición proviene del contrato de servicios públicos, puesto que en ese momento el contrato de suministro presentaba una autonomía doctrinal, pero no una autonomía normativa.

¹⁷² El artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado decía que: “Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo 1 de esta Ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, *transporte*, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros se regirán por sus normas privativas”.

¹⁷³ Recordemos que dentro de estas elaboraciones doctrinales se incluía, dentro del contrato de suministro, la prestación de transporte. Ver L. COSCULLUELA, *El contrato de suministro*, op. cit. Pág. 990.

¹⁷⁴ R. PARADA VÁZQUEZ, *La nueva ley de contratos del Estado*, Revista de Administración Pública, núm. 47, 1965, pág. 427, dice analizando esta regulación que: “Tanta ansia de precisión nos parece realmente

El artículo 18 de la ley decía que:

“ Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo 1 de esta Ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros, se regirán por sus normas privativas y, en su defecto, se observarán las reglas siguientes:

Cuando se trate de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al ordenamiento jurídico administrativo, éste funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta Ley.

Si la naturaleza del contrato excluye la aplicación general del ordenamiento jurídico administrativo se observarán, no obstante, los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como Derecho supletorio a las leyes civiles o mercantiles”¹⁷⁵.

El artículo 19¹⁷⁶ señalaba que:

“Los contratos que celebre el Estado que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico se regularán, según su naturaleza, conforme a los principios consagrados en los párrafos segundo y tercero del artículo anterior”.¹⁷⁷

innecesaria y peligrosa, y por ello creemos que lo más razonable será prescindir de estos preceptos y entender, de conformidad con la Ley de Bases y la tradición de nuestro Derecho, que los contratos de la Administración no regulados específicamente en el texto articulado se rigen por el Derecho civil, el Derecho mercantil o el Derecho laboral o las Leyes especiales cuando existan, sin perjuicio de que si tienen por finalidad obras o servicios públicos, sean competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la jurisdicción ordinaria, en donde seguirán principalmente radicados los contratos que se refieran a la gestión del patrimonio privado de la Administración”.

¹⁷⁵ E. RIVERO YSERN, *El contrato...*, op. cit., pág. 219, dice que: “La enumeración que hace el artículo no es, como puede apreciarse exhaustiva, sino ejemplificativa”.

¹⁷⁶ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo de suministro*, op. cit., pág. 98, dice que: “Por lo tanto, de la regulación contenida tanto en la Ley como en el Reglamento se deduce que los contratos dominados por las prestaciones de carácter intelectual (realización o elaboración de estudios, proyectos, anteproyectos) habrían de quedar ubicados en esta última clase, es decir, en el grupo de los contratos atípicos, careciendo todavía el ordenamiento jurídico de un régimen específico aplicable a los mismos. Pues bien, este tipo de contratos quedaba sometido, en todo caso, a las normas sobre competencia y procedimiento aplicables a todos los demás contratos del Estado”. Sobre estas manifestaciones de Miguel Ángel González Iglesias, hacemos una precisión, consistente en señalar, como venimos defendiendo, que la elaboración de proyectos y anteproyectos de obras se podía reconducir con esta regulación hacia la figura del contrato administrativo típico de obras.

Con esta nueva conceptualización que se hace del contrato administrativo por la Ley de Contratos del Estado de 1965, regulándose tres contratos administrativos típicos¹⁷⁸, y surgiendo, por otro lado, la figura del contrato administrativo por naturaleza. El carácter abierto de esta figura va a permitir que las prestaciones de carácter instrumental que hasta ahora se vinculaban con los contratos de obras o de servicios públicos se vean reconducidas a esta figura del contrato administrativo por naturaleza¹⁷⁹. La voluntad del legislador de 1965, parece ser clara, y se puede expresar de la siguiente manera: en primer lugar, tipifica tres modalidades de contratos administrativos regulándolos de una manera completa – considero que los que tienen un mayor uso en el tráfico jurídico administrativo-; y en segundo lugar, parece que trata de reconducir los contratos instrumentales a la figura del contrato administrativo por naturaleza. En ese sentido creo que los artículos 18 y 19 de la Ley de 1965 constituyen una cláusula de modernización o cláusula abierta, que permitiría introducir en la medida que pasara el tiempo nuevas prestaciones, nuevas modalidades contractuales, sobre las cuales siempre se podría justificar una naturaleza administrativa. Esta cláusula de modernización, constituye, en mi opinión, un reconocimiento implícito, por parte del legislador de la posibilidad de agotamiento de los tipos contractuales típicos. Ante esa posibilidad opta, por crear la figura comentada que serviría como paraguas de futuras prestaciones, cuyo encuadre en alguno de los contratos típicos resultara dificultoso.

¹⁷⁷ R. PARADA VÁQUEZ, , *La nueva ley....*, op. cit., pág. 427, dice que de la lectura de los dos preceptos (artículos 18 y 19 de la ley), parece deducirse las siguientes clases de contratos: 1ª. Contratos típicos, que son los de obras, suministros y gestión de servicios, con regulación completa en la ley, 2ª. Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza administrativos (apartado 2º del artículo 18), 3ª. Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (artículo 18, párrafo 3º), 4ª. Contratos sin régimen jurídico específico y de naturaleza administrativa (artículo 19, en relación con el párrafo 2º del artículo 18), 5ª. Y, por último, contratos sin régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (artículo 19, en relación con el párrafo 2º del artículo 18).

¹⁷⁸ Estos son los de obras, los de suministros y los de gestión de servicios públicos, como señala el artículo 1 de la ley.

¹⁷⁹ Hay que hacer una importante precisión consistente en señalar que como ya hemos argumentado, determinadas prestaciones que hoy forman parte del contrato de servicios, con la Ley de 1965 se podían subsumir dentro del contrato de obras como son por ejemplo la elaboración del proyecto o de los planos, la dirección facultativa de las obras....

El artículo 8 del Reglamento de Contratos del Estado, refuerza la tesis mantenida ya que este precepto señala que:

“Deben quedar sometidos al Ordenamiento jurídico-administrativo por razón de su naturaleza, además de los contratos de obras, de gestión de servicios, de suministros y los designados expresamente en el presente Reglamento general, aquellos otros en los que coincidan las siguientes circunstancias:

1. Que la prestación a que se haya comprometido a entregar el particular esté directamente vinculada a las necesidades de un servicio público que requiera precisamente aquella prestación para el desenvolvimiento regular.
2. Que las obligaciones del contrato particular exijan un tiempo de ejecución o revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público durante el desarrollo del contrato”.

El fundamento de este precepto es como señala RIVERO YSERN, E., el de reforzar al máximo el carácter administrativo de los contratos instrumentales¹⁸⁰.

La Ley de 17 de marzo de 1973¹⁸¹ modifica la Ley de Contratos del Estado de 1965¹⁸², haciendo que desaparezca la figura del contrato administrativo por naturaleza y tipificando en su lugar a los denominados *contratos administrativos especiales*.

¹⁸⁰ RIVERO YSERN, E., *El contrato administrativo*..., op. cit., pág. 222.

¹⁸¹ P. M. LARRUMBE BIURRUM, *Comentarios a la...*, op. cit., pág. 331, dice que: “Corresponde a la mencionada Junta (Junta Consultiva de Contratación Administrativa) el mérito no sólo de apuntar la necesidad de revisar a fondo el texto articulado de 1965, sino, fundamentalmente, el de gestar el anteproyecto de Ley, tarea para la que recabó el asesoramiento mediante encuesta de todos los órganos de contratación de Estado y de la Organización Sindical. La respuesta de éstos fue unánime: se precisaba una Ley que con criterios más abiertos sirviera de cauce propio a los casi 10.000 contratos que se estipulan entre los particulares y el Estado cada ejercicio, sin contar con los contratos de concesión de servicios, que no se traducen en gasto público por ser a cuenta del concesionario. Dos cifras abonan sobradamente tal proposición: la contratación de los organismos públicos superó en 1972 los 66.000 millones de pesetas y son 2.000 las empresas clasificadas por el Ministerio de Hacienda (Orden de 14 de noviembre de 1972).

¹⁸² P. M. LARRUMBE BIURRUM, *Comentarios a la...*, op. cit., pág. 332, dice que: “La reforma no es drástica ni mucho menos revolucionaria. Se ha partido de una situación dada (dualidad de contratos del Estado), la cual se mantiene introduciendo una buena dosis de sensatez y elasticidad”.

La nueva configuración de la contratación del Estado queda reflejada en el artículo 4 de la Ley:

“El régimen jurídico de los contratos que celebre la Administración se ajustará a las siguientes reglas:

1.^a Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, tienen carácter administrativos y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por las restantes normas del Derecho administrativo. En defecto de este último serán de aplicación las normas de Derecho privado.

2.^a Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros¹⁸³, que tengan carácter administrativo, por declararlo así una Ley¹⁸⁴, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público¹⁸⁵ o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato¹⁸⁶, se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por sus normas administrativas especiales; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente Ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y finalmente por las demás normas de derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas de Derecho privado”.

Como puede comprobarse la desaparición de la figura del contrato administrativo por naturaleza no significa la expulsión del régimen jurídico administrativo de los contratos instrumentales, por el contrario estos pueden reconducirse al régimen previsto en el artículo 4.2.

¹⁸³ Lo primero que nos llama la atención es que la enumeración recogida en este precepto tiene un carácter ejemplificativo, constituyendo un *numerus apertus*. Admitiéndose, por lo tanto, variantes a la regulación, lo que permite introducir nuevas prestaciones.

¹⁸⁴ Este inciso del precepto hace una reserva de ley en esta materia, ampara que mediante una disposición legal se pudieran introducir prestaciones de las que hoy incluimos dentro del contrato de servicios para que puedan ser consideradas que forman parte de esta modalidad.

¹⁸⁵ Este inciso nos permitiría introducir los contratos de carácter instrumental dentro de esta modalidad contractual.

¹⁸⁶ Este inciso también habilita, a nuestro juicio, la posibilidad de introducir prestaciones del actual contrato de servicios dentro de esta modalidad contractual.

Pero además significa la definitiva independización de estos contratos respecto de los tres grandes contratos típicos: obra pública, gestión de servicios públicos o suministros. A partir de ahora no va ser necesaria la conexión con estos grandes contratos para justificar su existencia y especialidad. Se advierte pues un claro desbordamiento de los tipos contractuales clásicos y un intento de contención por medio de la figura del contrato administrativo por naturaleza, que aparece como una especie de cajón de sastre al que pueden reconducirse todas las prestaciones dispersas que pudieran existir y que no fueran susceptibles de encuadrarse dentro de uno de los contratos típicos que crea la Ley.

Con todo, este periodo constituye una fase preliminar o embrionaria de la consideración sustantiva de las necesidades que ulteriormente motivarán la aparición del contrato de servicios. Es precisamente, en este momento, cuando se hacen más ostensibles dos rasgos determinantes del nacimiento de un contrato, por un lado, las carencias de la Administración, y por otro, el agotamiento de la posibilidad de expandir las prestaciones de los contratos típicos para incluir de una manera amorfa prestaciones que no les son propias.

2.5. Otros tipos de contratos que han asumido prestaciones del contrato de servicios.

Hasta el momento, compartiendo las opiniones del profesor COSCULLUELA en torno al contrato de suministro¹⁸⁷, se ha mantenido que el contrato de servicios presenta unos orígenes refundidores, articulándose dicha refundición en torno a dos contratos administrativos típicos (los de obras y los de servicios), para pasar a ser asumidas, ulteriormente, gran parte de sus prestaciones bajo el paraguas del contrato administrativo por naturaleza¹⁸⁸, luego contrato rebautizado como contrato administrativo especial (1973).

¹⁸⁷ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de suministro*, op. Cit.

¹⁸⁸ Circunstancia que se produce, como hemos visto, con la aprobación de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

Ahora, en este epígrafe, se apuntarán algunos intentos de sustantivación del contrato de servicios¹⁸⁹. Con ánimo sistemático se diferenciará entre:

- A) Las relaciones contractuales surgidas a partir de la regulación relacionada con los planes¹⁹⁰ de desarrollo económico y social¹⁹¹.
- B) Otras experiencias de contratación no relacionadas con los planes de desarrollo económico y social.

A) Regulación relacionada con los planes de desarrollo económico y social.

La elaboración de la planificación económica realizada a partir de los años 60 va a requerir la incorporación de estudios y la elaboración de estrategias que precisan de la colaboración del sector privado. Por ello, no puede extrañar que sea a partir de ésta década cuando se produce la consagración de contratos de servicios que tienen por objeto la realización de estudios, planes y otras actividades técnicas.

En efecto la situación económica de nuestro país en la década de los cincuenta¹⁹², se intenta reconducir mediante la planificación económica¹⁹³ que arranca con el Plan de

¹⁸⁹ Si bien estos intentos de sustantivación se produjeron con otro nombre. Por intento de sustantivación debe entenderse el intento de crear una nueva regulación, una regulación ex novo que atendiera a las particularidades y necesidades que se le plantean a la Administración en su actuar.

¹⁹⁰ Sobre la expresión plan, el profesor S. MARTÍN RETORTILLO, después de señalar que su origen en España se vincula a la ciencia urbanística, nos dice lo siguiente: “Será más tarde, en una tercera fase, cuando, en el lenguaje militar primero, en la Administración civil después, ofrecerá el término un cambio de sentido más profundo, al incorporar elementos que expresan ya una evidente intencionalidad, que aparece referida a un conjunto de acciones a realizar más o menos aisladas, pero que de este modo, incardinadas a una idea rectora, se orientan y dirigen hacia la consecución de unos resultados de antemano establecidos...”. *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, Revista de Administración Pública, núm. 49, 1966, pág. 40.

¹⁹¹ L. SÁNCHEZ AGESTA, *Planificación económica y régimen político*, Revista de Administración Pública, número 3, 1950, pág. 31, dice que: “La intervención de la actividad política en la vida económica es una tendencia creciente de los últimos cien años, cuya historia podemos hoy reconstruir. Nuestros bisabuelos la llamaron graciosamente fomento; nuestros abuelos, proteccionismo; nuestros padres con un término que no vela un sentimiento de recelo o desconfianza, lo apellidaron intervencionismo económico. La planificación es el último eslabón de esta cadena”.

¹⁹² S. MARTÍN RETORTILLO, *La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años*, Revista de Administración Pública, número 150, 1999, pág. 251, dice que: “...El juicio que me sugiere la consideración de la realidad económica española de mediados de la década de los cincuenta,

Estabilización de 1959¹⁹⁴. A partir de dicha estabilización¹⁹⁵ se pretende lograr un desarrollo económico a través de la planificación¹⁹⁶. Se establecen las directrices del primer plan¹⁹⁷ por el Decreto de 23 de noviembre de 1962, de directrices y medidas preliminares. Para cumplir con los objetivos fijados por el mencionado decreto se dictó el Decreto de 22 de diciembre de 1962¹⁹⁸, por el que se autorizaba, con carácter general a la Presidencia del Gobierno a contratar directamente y por razones de urgencia, servicios técnicos de empresarios españoles y extranjeros especialistas en programación económica y trabajos relacionados con el Plan de Desarrollo¹⁹⁹. El ámbito de aplicación de esta autorización se encuentra doblemente limitada: por un lado, se trata de estudios y trabajos relacionados con

habida cuenta los términos en que la refieren los escritos de la época; incluso los más proclives a la situación política del momento. Una situación que, desde el punto de vista económico, cabe calificar no ya de crítica, sino de agónica: un Estado, se ha escrito, en situación técnica de quiebra. Se impone el cambio; una orientación totalmente distinta en la ordenación jurídica del sistema económico. Es preciso liberalizarlo”.

¹⁹³ Sobre la planificación económica, son enriquecedoras las consideraciones que al respecto hace el profesor L. COSCULLUELA MONTANER, *Sector Público y Planificación*, Revista de Administración Pública, número 57, 1968, pág. 36, dice que: “La planificación económica es un concepto que en el pasado ha tenido una gran carga política. Concebida, en principio, como un sistema económico sustitutivo de la economía de mercado, estaba adscrita a la ideología socialista. Frente a ella, en consecuencia, se alzaban los defensores de las ideologías liberales o neoliberales, que veían en la planificación una auténtica fuente de atentados y servidumbres para los derechos individuales fundamentales. El estudio de la planificación se presentaba, pues, en forma de dilema y en torno a la oposición planificación-libertad”.

¹⁹⁴ El Decreto-Ley de 21 de julio de 1959 de Ordenación Económica, tenía como objetivos la búsqueda una estabilización económica interna y externa, objetivos que se logran con el Plan de Estabilización.

¹⁹⁵ El profesor S. MARTÍN RETORTILLO, nos advierte que el Plan de Estabilización tenía en cierto modo carácter preparatorio de los Planes de Desarrollo Económico y Social, *La ordenación jurídico-administrativa*..., op. cit., pág. 251. La importancia de la planificación ha sido puesta de manifiesto por los profesores J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR ESCURZA, *Principios de derecho administrativo I*, op. cit., pág. 55, dicen que: “Se ha llegado a hablar, incluso, de un quinta forma de intervención administrativa consistente en la planificación que estaría caracterizadas por la fundición de las técnicas anteriores en un instrumento de carácter meramente indicativo para los particulares, pero vinculante para la Administración. Este instrumento sería el Plan (cuyo auge en España tuvo lugar con los denominados Planes de Desarrollo Económico y Social) y cuya naturaleza jurídica estaría situada en la frontera entre actos consuntivos y las normas.”.

¹⁹⁶ Así lo dice el preámbulo del Decreto de 23 de noviembre de 1962.

¹⁹⁷ Este primer plan comprendería el periodo que va de 1964 a 1967.

¹⁹⁸ Sobre esta normativa M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 93, nos dice que: “ El hecho objetivo de que los contratos dominados por prestaciones de carácter intelectual aparecen incorporados ya al quehacer administrativo ordinario aparece confirmado por la regulación de los Planes de Desarrollo Económico y Social”.

¹⁹⁹ Artículo 1 del Decreto de 22 de diciembre de 1962.

la planificación económica; y por otro lado, en el plano temporal, porque dicha contratación debía producirse antes del 31 de diciembre de 1963²⁰⁰.

Sobre esta regulación se hace necesario hacer una importante precisión consistente en señalar no podía justificarse la naturaleza administrativa de estos contratos, por no haber entrado en vigor la LCE. Por eso al no tener por objeto ni obras ni servicios públicos y como tampoco presentaban una naturaleza instrumental de otros contratos típicos, no tendrán la consideración de contratos administrativos. Con la aparición de la Ley de Contratos del Estado, los principios de la Ley permitirán considerar a estos contratos como administrativos por naturaleza²⁰¹, hasta ese momento se debe entender que son contratos civiles de obra²⁰².

El segundo Plan de Desarrollo Económico y Social²⁰³ se aprobó por medio de la Ley de 11 de febrero de 1969 comprendía el periodo 1969-1971. Como recuerda GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A. esta regulación establecía que todo proyecto con repercusión en la economía del país, debería ir acompañado de un estudio y dictamen económico, emitido por un economista²⁰⁴, lo que significaba un impulso decidido a la elaboración de estudios de carácter económico; y en consecuencia, la Disposición Adicional del Decreto de 4 de abril de 1968 autorizaba la contratación directa de esos trabajos²⁰⁵ por la Administración.

²⁰⁰ Artículo 2 del Decreto de 22 de diciembre de 1962.

²⁰¹ Artículos 18 y 19 de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

²⁰² J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen segundo*, Dykinson, 2007, pág. 175, dice sobre el contrato de obra: “Este contrato, pues, se caracteriza por la realización, por una de las partes (el contratista) y mediante precio, no ya de un trabajo en beneficio de otra parte (de quien hace el encargo o comitente), sino de trabajo materializado en una obra que es el objeto de contrato y lo que va a recibir el que la contrató”.

²⁰³ Comprendería el periodo que va de 1969 a 1971.

²⁰⁴ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo...*, op. cit, pág. 94.

²⁰⁵ La citada Disposición Adicional tenía el siguiente tenor literal: “Con carácter excepcional se autoriza a los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos para contratar directamente estudios y servicios que se refieran a los trabajos relacionados con el II Plan de Desarrollo, o con las inversiones que en su día se incluyan en el mismo. La presente autorización quedará sin efecto el uno de octubre de mil novecientos sesenta y ocho.

El Decreto 2725/1970, de 22 de agosto, de Contratos del Estado con empresas consultoras para la elaboración del III Plan de Desarrollo²⁰⁶, se reitera la autorización a la Presidencia del Gobierno a contratar directamente con Empresas consultoras²⁰⁷ los estudios, trabajos y servicios de todo orden que estimen precisos en materia de programación, planeamiento y coordinación económica para la mejor elaboración del III Plan de Desarrollo (autorización tenía una vigencia hasta el 1 de enero de 1972)²⁰⁸; lo que facilita la consolidación de esta figura como tipo de contrato. Por su parte, la Orden de 4 de noviembre de 1970, aprueba el Pliego de Cláusulas Generales para que la Presidencia del Gobierno contratara directamente con empresas consultoras de estudios, trabajos y servicios de todo orden, en materia de programación, planeamiento y coordinación económica, para la mejor elaboración del III Plan de Desarrollo Económico y Social, supone un paso más en el establecimiento de un régimen específico para este tipo de contratos. Esta configuración se hace ya desde la teoría del contrato administrativo²⁰⁹ como señala la cláusula décimo cuarta del mencionado pliego en la que se remite, entre otras normas, para lo no previsto en el mismo a la Ley de Contratos del Estado²¹⁰.

La autorización para contratar directamente estudios, trabajos y servicios de todo orden, con empresas consultoras, en materia de programación, planeamiento y coordinación económica para la mejor elaboración del Plan de Desarrollo se reitera en el Decreto de 15 de marzo de 1973 regulaba los contratos del Estado, en relación con el IV Plan de Desarrollo Económico

De los anteriores contratos directos se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros cuando su importe sea superior a un millón quinientas mil pesetas.”.

²⁰⁶ Abarcaría el periodo que va de 1972 a 1975.

²⁰⁷ El hecho de que se haga referencia a “Empresas Consultoras”, pone de manifiesto que estos contratos que podían contratarse directamente, se caracterizaban porque en los mismos brillaba el componente intelectual.

²⁰⁸ Artículo 1 del Decreto de 22 de agosto de 1970.

²⁰⁹ En consonancia con lo dispuesto en los artículo 18 y 19 de la Ley de Contratos del Estado.

²¹⁰ Dice la cláusula décimo cuarta que lleva por rúbrica “Disposiciones complementarias”, que: “En todo lo no previsto en las presentes cláusulas se entenderán aplicables los preceptos de la Ley de Contratos del Estado y el Decreto de 4 de abril de 1968, así como las normas del Decreto 2725/1970, de 22 de agosto”.

y Social, ²¹¹. En él se hace una remisión, en lo que afecta a su regulación, a lo dispuesto en la mencionada Orden de 4 de noviembre de 1970, por la que se aprobaba el Pliego de Cláusulas Generales, dando así consistencia a su régimen peculiar propio.

Sobre esta regulación de los Planes de Desarrollo se puede resaltar, a modo de recapitulación, que las necesidades de la planificación económica y social van a constituir un impulso definitivo para la construcción de un contrato de servicios, cuyo objeto principal son prestaciones de carácter intelectual²¹², y cuya finalidad es acceder a la pericia de profesionales que intervenían en función de su titulación académica o de empresas consultoras, pero que en todo caso, pretende cubrir la necesidad de realización de estudios o programas sin tener que aducir a su incorporación orgánico o profesional en la Administración.

B) Regulación no relacionada con los planes de desarrollo económico y social.

Sin duda, la utilidad del sistema de contratación de este tipo de prestaciones animó a su uso al margen de la planificación económica. De esta manera irán apareciendo nuevas necesidades en otros ámbitos, principalmente en el ámbito económico, que reclaman una regulación independiente y singularizada.

Dentro de esta normativa hay que citar el Decreto 916/1968, de 4 de abril, por el que se regula la contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y Empresas

²¹¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, la autorización tiene una vigencia hasta la aprobación de IV Plan.

²¹² Sobre los contratos en los que se produce un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría*, op. cit., pág. 103, nos dice que: “En el Derecho francés se califican incluso como contratos de “materia gris” para resaltar ese carácter intelectual de la actividad a desarrollar, así como del contratista”.

consultoras por los Departamentos Ministeriales²¹³. De acuerdo con su exposición de motivos se dicta ante la ausencia en el ordenamiento administrativo de una regulación específica para este tipo de contratos²¹⁴. Se trata de contratos que se caracterizan por el predominio de las prestaciones de carácter intelectual²¹⁵. Los efectos de los contratos se ajustaban a lo que establecieran los pliegos de cláusulas generales²¹⁶ aprobados por cada Departamento²¹⁷, señalándose que en los mismos debían reservarse al órgano de contratación determinadas prerrogativas²¹⁸. Se trata de un primer intento de regulación general de este tipo de contratos²¹⁹. Y se configura como un verdadero contrato administrativo como lo atestigua el sistema de fuentes del contrato: en primer lugar, se rigen por lo establecido en el decreto; y en segundo lugar, por lo dispuesto en la Ley de Contratos del Estado para los contratos de naturaleza administrativa (en especial las referentes al contrato de obras)²²⁰.

²¹³ Hay que advertir que la Disposición adicional del mencionado decreto sí que contenía referencias al II Plan de Desarrollo.

²¹⁴ De hecho, es anterior al pliego de Clausulas Administrativas Generales de 1970, ya citado.

²¹⁵ El artículo 1 del Decreto 916/1968, de 4 de abril, por el que se regula la contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y Empresas consultoras por los Departamentos Ministeriales, dice que: “Los contratos de estudios y servicios que se celebren por los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos con Sociedades y personas jurídicas, en orden a la elaboración de proyectos, Memorias y trabajos de carácter técnico y económico, se regirán por el presente Decreto...”.

²¹⁶ A modo de ejemplo, se puede decir que por orden de 8 de marzo de 1972, se aprobó un pliego de cláusulas administrativas generales para el Ministerio de Administraciones Públicas.

²¹⁷ Así lo decía el artículo 7 del mencionado decreto. Es importante señalar, que este inciso del decreto abría la posibilidad a una regulación peculiar para cada Departamento. Por lo que el Decreto jugaría como un tronco, del que irían surgiendo ramas para adaptarlo a las características propias de cada Departamento.

²¹⁸ El artículo 7, dice que se reservan: Las prerrogativas de dirección, interpretación, modificación y suspensión típicas de los contratos administrativos. En este caso las prerrogativas del órgano de contratación no nacen *ex lege*, sino *ex contractu*. Es propio de los contratos administrativos que las prerrogativas de la Administración nazcan de la Ley, no del contrato, si las mismas son fruto del clausulado del contrato, en principio no existen grandes diferencias con los contratos civiles, en los que se podría garantizar un desequilibrio entre las partes por la vía negocial.

²¹⁹ Cuando la Exposición de Motivos dice: “La contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y demás personas jurídicas *carece en el ordenamiento administrativo de una regulación específica...*”, parece que el Decreto surge para proporcionar a los mencionados contratos una regulación específica (al dotar a los contratos de una regulación específica, se los está tipificando). No obstante, el Decreto hace una regulación incompleta del contrato, haciendo una remisión de sus aspectos más relevantes a los Pliegos de Cláusulas Generales.

²²⁰ Así lo establecía el artículo 1 del Decreto.

Con la reforma de la LCE de 17 de marzo de 1973 se produce un paso significativo en la sustantivación de los contratos dominados por prestaciones de carácter intelectual en cuya disposición adicional que decía que:

“Los contratos de estudios y servicios que se celebren por la Administración con empresas consultoras para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social tienen carácter de administrativos y continuarán regulándose por el Decreto 916/1968, de 4 de abril, que deberá ser modificado con el fin de adaptar sus preceptos a las normas de la presente Ley”.

Esta regulación significa incluir definitivamente dentro del distinguido grupo de los contratos administrativos²²¹ a este tipo de contratos en los se produce un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, aunque ello no implicaba la consagración de una regulación completa²²².

Pueden ser dos las razones que empujaron a adoptar una decisión de esta naturaleza:

- a) En primer lugar, la figura del contrato administrativo por naturaleza (figura a la que reconducía este tipo de contratos el Decreto de 1968 y que comienza a desaparecer con la Ley de 1973²²³) estaba pensada para contratos que tenían poco volumen en el tráfico jurídico de la Administración, la medida tomada por el legislador en el año

²²¹ El artículo 4.1ª de la Ley dice que son contratos administrativos, los de obras, los de gestión de servicios públicos y los de suministro.

²²² Acudiendo al Decreto 916/1968, de 4 de abril, podemos decir que estos contratos se regirán por la regulación que la ley tenía prevista para el contrato de obras. Esta bienvenida a nuestro ordenamiento de los contratos en los que se produce un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, fue poco efusiva ya que carecían de una regulación legal propia y el legislador no se molestó en calificarlos, en nominarlos (darles un nombre al igual que hizo con los contratos de suministro, de gestión de servicios y de obras).

²²³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I (décima edición)*, 2005, op. cit., dicen que “...la tesis del contrato administrativo por naturaleza fue corregida parcialmente por la Ley de 17 de marzo de 1973...”.

1973²²⁴, es una muestra de la relevancia que estaban adquiriendo los contratos dominados por prestaciones de carácter intelectual en la Administración;

- b) En segundo lugar, era la necesidad de que estos contratos dispusieran de una regulación que se adecuara a las necesidades que se le planteaban a la Administración en cada momento, esto es de una regulación autónoma y singularizada, ya que hasta el momento las prestaciones que estaban dominadas por el carácter intelectual tenían que vincularse hasta el año 1965 con el objeto del contrato de obras o de gestión de servicios²²⁵, y con la Ley de Contratos del Estado de 1965 estos contratos podían ser calificados como administrativos por naturaleza, pero esta categoría (que comienza a desaparecer en 1973) se muestra insuficiente para satisfacer al tráfico administrativo, haciéndose necesario concederle la condición de contrato administrativo.

Por ello, puede considerarse que en este momento se produce la primera delimitación como objeto de un tipo de contrato administrativo de prestaciones que recaen actualmente en el ámbito del contrato administrativo de servicios; se trata de un contrato administrativo no nominado pero típico²²⁶, y con sustantividad propia; cabe señalar que esta opinión no es compartida por otros autores que han estudiado con profundidad esta figura, que sitúan su fecha de nacimiento en un momento bien posterior, esto es en el año 1995, con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.)²²⁷.

²²⁴ La medida fue calificar el contrato como contrato administrativo, situándolo a la altura de los contratos de suministro, de obras y de servicios. Se sube al contrato al altar de los contratos típicos, dotándolo de todos los privilegios que esa decisión implica.

²²⁵ Vinculación que venía dada en la mayor parte de los supuestos porque el contrato, tuviera un carácter instrumental con respecto a la obra o a la gestión del servicio.

²²⁶ Decimos que el contrato era no nominado porque no recibía una denominación normativa, pero era típico porque disponía de una regulación propia, que era la contenida en el Decreto de 1968. Supuesto este curioso en nuestro ordenamiento jurídico, ya que lo habitual es que un contrato típico, tenga una denominación específica que lo singularice y permita distinguirlo del resto de contratos típicos existente.

²²⁷ M.A GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo...*, op. cit., pág. 136, dice que: “Cabe decir que fue la Ley 13/1995 la que introdujo como novedad con respecto a la anterior Ley de Contratos del Estado el hecho de que los contratos de consultoría y asistencia entraran a formar parte del selecto grupo de los

Como ya se ha apuntado la Disposición Adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973 señalaba que el Decreto 916/1968, de 4 de abril continuaría vigente, debiendo ser modificado para adaptarse a las previsiones de la ley de 1973. Esta adaptación se produjo mediante el Decreto 1005/74, de 4 de abril de 1974 que Regula los Contratos del Estado Celebrados con Empresas Consultoras o de Servicios, derogando el Decreto 916/1968, de 4 de abril²²⁸. Esta norma tiene una gran importancia en la evolución histórica de la modalidad contractual que se analiza, importancia que viene determinada por las siguientes notas²²⁹:

En primer lugar, aparece el contrato configurado como un contrato administrativo²³⁰ y ahora ya nominado²³¹, así el artículo 1 del Decreto de 4 de abril de 1974, tenía el siguiente tenor literal:

“Los contratos de *asistencia* que se celebren por la Administración del Estado y sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios, se regularán por las normas de este Decreto y supletoriamente, por las disposiciones que la legislación de contratos del Estado dedica a los de naturaleza administrativa, en especial las referentes al contrato de obras²³²”.

Dentro de este contrato se advierte la existencia de prestaciones que se pueden agrupar en dos grupos, unas en las que se produce un claro predominio del componente intelectual; y

tradicionalmente llamados por la doctrina “contratos administrativos típicos”, circunstancia que se mantiene en el actual TR de la LCAP”.

²²⁸ Así lo dice el artículo 14 del Decreto.

²²⁹ Hay que advertir que la evolución que representa este decreto afectaría, como sabemos, al ámbito de la Administración General del Estado. No teniendo reflejo en el ámbito de las corporaciones locales.

²³⁰ Administrativo porque así lo califica la Disposición adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973.

²³¹ El término “contrato nominado” es utilizado, por los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho administrativo I...*, op. cit., pág. 714.

²³² Esta previsión es perfectamente lógica si tenemos en cuenta, que la figura del contrato de obras completaba en algunos aspectos la regulación de los otros contratos administrativos típicos (el de gestión de servicios públicos y el de suministro), a esta conclusión llega el profesor G. FERNÁNDEZ FARRERES, *contratos de obras*, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, 1995, pág. 1605.

otras, en las que predomina el componente material de la prestación. Todas ellas unidas bajo el nombre de contrato de asistencia. Este doble núcleo de prestaciones del contrato de servicios, será una constante a lo largo de toda su evolución histórica que se mantendrá, como veremos hasta el momento actual.

También merece atención, la enumeración de prestaciones que podía tener por objeto el contrato, hecha en el artículo 3²³³:

“Los contratos de asistencia²³⁴ podrán tener por objeto:

- a) Elaboración de estudios, planes proyectos, memorias e informes de carácter técnico, económico o social.
- b) Realización de servicios técnicos, económicos industriales, comerciales o cualesquiera otros de naturaleza análoga, siempre que no incluyan ejecución de obras gestión de servicios públicos o prestación de suministros, en cuyos supuestos se regularán directamente por las disposiciones de la legislación de contratos del Estado que sean, respectivamente, aplicables²³⁵.
- c) Ejecución de otros servicios complementarios, tales como los de mecanografía, archivo, documentación, realización material de notificaciones y otros de índole administrativa, así como los de agencia, limpieza, calefacción, información y otros análogos”.

²³³ V. RODRIGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, *Teoría y práctica de la contratación administrativa*, Revista de Administración Pública, 77, 1975, dice que: “Todos ellos son contratos que perfectamente podían quedar encajados en algunas de las figuras contempladas por el Derecho civil, como por ejemplo el contrato de Arrendamiento de Servicios o de Arrendamiento de Obra. Sin embargo, con la calificación expresa de contrato administrativo se está ampliando la esfera operativa de éste, simultáneamente con un engrandecimiento de las potestades administrativas”.

²³⁴ Como vemos se advierte una contradicción entre el artículo 1 (que alude a los contratos de asistencia y de servicios) y el artículo 3 que los refunde todos bajo el nombre de contratos de asistencia.

²³⁵ Este último inciso de la letra b) de este precepto, viene a refrendar la tesis que venimos manteniendo a lo largo de este trabajo, consistente en señalar que cuando las prestaciones de lo que es actualmente el contrato de servicios tenían algún tipo de vinculación con los contratos administrativos de obras, de gestión de servicios públicos o de suministro, existía una vis atractiva que hacía que su regulación se recondujera a la de estos contratos típicos.

Las prestaciones que podía tener por objeto el contrato de asistencia eran prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad²³⁶ o en la consecución de un resultado²³⁷, prestaciones todas ellas que hoy se recogen dentro del contrato de servicios²³⁸.

Hay que destacar, como nuevamente, al introducir una nueva figura en el ordenamiento jurídico se opta por una delimitación descriptiva de la misma, sirviendo esta técnica normativa (la descriptiva) para presentar a los operadores jurídicos la nueva modalidad, permitiéndoles conocerla de una manera más didáctica. Es indudable que esta técnica normativa puede resultar antiestética e incluso puede tacharse de acientífica, como ya se ha apuntado en líneas precedentes, pero es efectiva y añade una mayor seguridad jurídica, permitiendo que la misma sea mejor conocida por todos.

La siguiente observación al Decreto de 1974 viene dada del análisis de su contenido en relación con la Disposición adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973²³⁹, de la lectura de esta disposición parece inferirse que pretendía referirse a los contratos en los que se produce un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, se llega a esta conclusión por el hecho de que la disposición habla de contratos celebrados con empresas consultoras²⁴⁰; otra pista que refuerza este argumento es la referencia que la disposición hace a los tipos de trabajos que tenía por objeto este contrato (habla de trabajos para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social),

²³⁶ Como por ejemplo las labores de limpieza, o de información (artículo 3.c del Decreto).

²³⁷ Como por ejemplo la elaboración de un informe o la redacción de un proyecto (artículo 3.a del Decreto).

²³⁸ Así se puede comprobar de la lectura del, tantas veces citado, artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público.

²³⁹ La misma tenía el siguiente tenor literal: “Los contratos de estudios y servicios que se celebren por la Administración con empresas consultoras para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social tienen carácter de administrativos y continuarán regulándose por el Decreto 916/1968, de 4 de abril, que deberá ser modificado con el fin de adaptar sus preceptos a las normas de la presente Ley”.

²⁴⁰ Este tipo de empresas se caracterizan por ofrecer a sus clientes trabajos de índole técnica, las mismas están compuestas por plantillas de profesionales cualificados que elaboran trabajos técnicos para la Administración. La tipología de servicios que ofrecen hacen que los mismos se encuentren claramente vinculados a prestaciones de carácter individual.

en los trabajos enumerados brillaba el componente intelectual. Todas estas consideraciones acerca de las posibilidades que ofrecía la Disposición adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973 conducen a afirmar que el Decreto de 4 de abril de 1974 en su intento de adaptarse a la Disposición adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973 rebasó los límites dibujados por la mencionada disposición, resultando viciado de ilegalidad el mencionado exceso, en particular en lo que respecta a las prestaciones que no tenían un marcado carácter intelectual (como los servicios de limpieza, de información, etc...).

Finalmente, a modo de conclusión se puede decir que si la Disposición adicional de la Ley de 17 de marzo de 1973, supuso la acogida de los contratos estudiados como administrativos. El Decreto de 1974 viene a completar esa evolución normativa ya que los califica expresamente como contratos de asistencia, pero no la culmina definitivamente²⁴¹.

Como se comprobará cuando se aluda a los criterios de clasificación del contrato de servicios, uno de esos criterios será el que clasificará las prestaciones en función del componente intelectual de la prestación. La citada clasificación se fundamenta, como ya se ha visto, en el hecho de que dentro de las prestaciones del contrato de servicios se advierte la existencia de dos núcleos²⁴², pues bien es precisamente el núcleo compuesto por las prestaciones en las que se produce un predominio del componente intelectual el que inició la sustantivación de la figura del contrato de servicios, pudiendo definirse como *rama sustantivadora* de las prestaciones del actual contrato de servicios.

²⁴¹ Recordemos que la regulación afectaría a prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad, o en la consecución de un resultado, que no tenían una relación directa o de carácter instrumental con los contratos típicos de obras, de suministro y de gestión de servicios públicos. (Es este el sentido que hemos dado al artículo 3 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril).

²⁴² Habría un núcleo donde predominan las prestaciones de carácter intelectual, y otro núcleo donde predomina el carácter material de la prestación. Así se puede ver que en los orígenes de la categoría se advierte el predominio de dos tipos de prestaciones, las que tienen un carácter intelectual y las que no lo tienen.

Ya ha quedado señalado que existe un momento histórico determinado, donde los tipos contractuales se le presentan insuficientes a la Administración, para atender a las demandas que le plantea la realidad social en la que se mueve, siendo ese momento en el que el ordenamiento jurídico administrativo se plantea la creación de un tipo contractual nuevo²⁴³. Para el contrato estudiado, en este trabajo, el momento histórico, lo situamos en la década de los años 60, ante las carencias que presentaban los efectivos de personal de que disponía la Administración, incapaz de abordar todos los trabajos que presentaban un componente intelectual y material que demandaban sus intervenciones. Abundando en este momento histórico se puede ver como el mismo coincide con el momento en el que en nuestro país el Estado añade a sus funciones clásicas (fomento, policía y servicio público²⁴⁴) la intervención en el campo económico²⁴⁵. Con la intervención de la Administración en el campo económico las necesidades de recursos se multiplican dando lugar al nacimiento del entonces denominado contrato de asistencia, hoy de servicios.

El aumento de las funciones del Estado es pues la razón que se encuentra tras el origen histórico del contrato de servicios, ese aumento viene motivado por la progresiva

²⁴³ Recientemente hemos sido testigos de este fenómeno, con la creación por la LCSP de la figura del contrato de colaboración público privada, que como tendremos la ocasión de estudiar nace por un doble motivo cual es la necesidad de crear infraestructuras y prestar servicios, en el marco de una serie de restricciones presupuestarias en las que se tienen que mover los entes públicos actualmente.

²⁴⁴ L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público y privado*, J.L. MONEREO PÉREZ, Comares, 2007, pág. 3, dice que: “Así debía desaparecer el día en que la evolución social llevara a los gobernados a pedir a los gobernantes cosa distinta de los servicios de guerra, de policía y de justicia.”.

²⁴⁵ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial...*, op. cit., pág. 60, dice que: “Con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico toda la clásica estructura categorial queda insuficiente. Junto a la policía, fomento y servicio público es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica.”. Acerca de la determinación del momento histórico, en que se produce el aumento del intervencionismo, por parte de la Administración resultan esclarecedoras las palabras de R. RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, cuarta edición, 2008, pág. 20, dice que: “...el intervencionismo se multiplica exponencialmente en el siglo pasado, sobre todo a partir de las guerras mundiales, y adopta formas realmente nuevas, como la empresa pública y la planificación. Antes de mediados del siglo XX ya habían ensayado estas herramientas, pero su mayor protagonismo tendrá lugar entre los años cuarenta y ochenta, hasta que comienzan a producirse reformas con el objetivo de reducir la presencia económica del Estado.”.

implantación del Estado de Bienestar²⁴⁶ tendente a limar las desigualdades sociales²⁴⁷. Resulta una constante histórica el hecho de que independientemente de la forma de gobierno que exista en un determinado país²⁴⁸, la sociedad reclama a los gobernantes intervenciones y servicios (DUGUIT, León)²⁴⁹, siendo precisamente la capacidad para cubrir esas necesidades uno de los factores determinantes de la pervivencia de los gobernantes en el poder. Esta realidad es conocida por todos los gobiernos del mundo, independientemente de su ideología o afiliación política, siendo precisamente esa verdad política la que motivó el aumento de funciones de la Administración y su desbordamiento, lo que provocó a su vez la aparición de la categoría contractual comentada.

Un paso más se da con la Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que decía que:

“1. A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo.

2. Los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales²⁵⁰ se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil”.

²⁴⁶ Del año 1963 es la Ley de Bases de la Seguridad Social, que pretende implantar un sistema de Seguridad Social, que sustituya al de los seguros sociales.

²⁴⁷ Sobre el Estado Social puede consultarse el gran trabajo de E. CARMONA CUENCA, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, 2000, Colección de Estudios.

²⁴⁸ En este caso hay que citar el binomino democracia, dictadura.

²⁴⁹ Son mágicas las reflexiones aportadas por DUGUIT, L, *Las transformaciones del derecho público y privado*, op. cit. , pág. 23, dice que: “En todos los tiempos han advertido las masas que los que ejercen el poder no podían imponer legítimamente la obediencia sino cuando prestaban ciertos servicios y en la medida que los prestaban.”.

²⁵⁰ Esta Disposición adicional cuarta, crea una nueva categoría de contrato que recibe una nueva denominación, que son los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales, cuyas prestaciones pueden verse recogida bajo el paraguas del actual contrato de servicios definido en el artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Una primera aproximación a esta Disposición adicional cuarta, puede llevar a pensar que la misma prohibía los contratos que estamos estudiando, en especial cuando dice que “.... no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo...”, ya que los contratos de asistencia y de servicios suponen una colaboración temporal en régimen de derecho administrativo. No obstante, el auténtico significado de esta disposición se comprende mejor, si tomamos en consideración la Exposición de Motivos²⁵¹ del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales en la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y la Seguridad Social; de la misma se deduce que los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales son contratos que celebra la Administración con personas físicas²⁵², por lo que la restricción no afectaría a los contratos suscritos con personas jurídicas. Esta regulación se completa con lo dispuesto por el Real Decreto 2357/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulan los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de carácter excepcional en la Administración Local²⁵³.

²⁵¹ La Exposición de Motivos del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, tenía el siguiente tenor literal: “ La disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, prohíbe la celebración de contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas en régimen de derecho administrativo, señalando a continuación que los contratos a celebrar por éstas con personas para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, se someterán a la legislación de contratos del Estado, son perjuicio en su caso de la aplicación de la normativa civil o mercantil.

Como quiera que la legislación de contratos vigentes no regula el contrato entre la Administración y una persona física para la realización de un trabajo específico y concreto no habitual, parece necesario es desarrollo de la disposición antes citada dictar la adecuada norma que regule los contratos aludidos.

Esta ha sido la forma de actuación de la Administración cuando fue necesario regular otras figuras jurídicas, no contempladas expresamente en la Ley o en el Reglamento de contratos del Estado. Tal es el caso de los Decretos 916/1968, de 4 de abril, y 1005/1974, de 4 de abril, de contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y empresas consultoras por los Departamento ministeriales, y de asistencia técnica celebrados por la Administración con Empresas consultoras y de servicios, respectivamente...”.

²⁵² Tras la Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, subyace la concepción que se tenía, en aquel momento, de que la Administración por medio de su plantilla podía sustanciar la mayor parte de estas necesidades.

²⁵³ Lo que hace este Real Decreto es extender la regulación contenida en el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio al ámbito de la Corporaciones Locales, haciendo las oportunas adaptaciones a las especialidades que pudieran presentarse en el ámbito local.

2.6. La satisfacción de las necesidades por medio de contratos civiles.

Durante todo el proceso de configuración del actual contrato de servicios las prestaciones que no podían encuadrarse dentro de los diferentes tipos que se han ido desgajando se llevaría a cabo por medio de contratos civiles, son varios los tipos contractuales que pudieron servir para satisfacer las necesidades que se le planteaban a la Administración²⁵⁴, aquí analizaremos los contratos civiles de obras, de servicios, el mandato y finalmente el contrato de transporte.

A) Contrato de obra y de servicios.

La regulación de estos contratos se debe buscar en el Título VI, del Libro IV del Código Civil, que lleva por rúbrica “Del contrato de arrendamiento”. Hay que analizar dos preceptos, el artículo 1542 del Código Civil, que dice que:

“El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o de servicios”.

Y el artículo 1544 del Código Civil, que señala:

“En el arrendamiento de obras²⁵⁵ o servicios²⁵⁶, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

²⁵⁴ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit., pág. 71, nos dice que: “El origen más remoto de los contratos de consultoría y asistencia debe buscarse en otras ramas del derecho..” y pág. 72, alude a la relación existente entre los agentes que colaboran con la Administración y la Administración, diciendo que la misma se puede calificar de contrato arrendamiento de servicios, contrato de mandato, contrato innominado de la forma ut facias, contrato sui generis, contrato de Derecho Público, entre otras.

²⁵⁵ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Enciclopedia jurídica básica...*, op. cit., pág. 1597, dice que: “No obstante, el contrato de obra no tiene nada que ver con el arrendamiento...”.

²⁵⁶ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil II*, op. cit., pág. 175, consideran estos autores que el contrato de arrendamiento de servicios, no debería ser calificado de contrato de arrendamiento.

Se analizan en este punto dos contratos típicos entre los que existen grandes similitudes. El contrato de obra, que se caracteriza por la realización, por una de las partes (contratista) y mediante precio, no ya de un trabajo específico en beneficio de la otra parte, sino de trabajo materializado en una obra que es el objeto del contrato y lo que va recibir el que la contrató²⁵⁷. Como nos dice LASARTE, Carlos lo que promete el deudor no es trabajo, ni un servicio, sino el resultado del trabajo: la obra²⁵⁸, pudiendo ser esta obra de cualquier tipo, tanto inmobiliaria como mobiliaria, e incluso de carácter intelectual²⁵⁹.

El contrato de arrendamiento de servicios²⁶⁰ es un contrato por virtud del cual una parte (arrendador, empleado, servidor) se compromete a prestar sus servicios a otra (arrendatario, empleador, cliente, comitente), a cambio de una remuneración²⁶¹. Pueden contratarse tanto servicios manuales (como la limpieza) como servicios intelectuales propios de profesiones liberales²⁶².

Entre estos dos contratos (obra y servicios) existen diferencias, pero también grandes similitudes, lo que hace necesario aportar algunos criterios de distinción: El primero, vendría determinado por el análisis del fin perseguido por el contrato, el contrato de obra tiene como fin la obra²⁶³; mientras que en el contrato de servicios, tiene como fin que otra persona desarrolle una actividad²⁶⁴, en el contrato de obra la prestación es de resultado y en

²⁵⁷ J. L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil II...*, op. cit., pág. 175.

²⁵⁸ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil III, contratos*, Marcial Pons, página 340.

²⁵⁹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Enciclopedia jurídica básica...*, op. cit., pág. 1597.

²⁶⁰ F. CAPILLA RONCERO, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, página 576, dice que también es llamado contrato de servicios o de prestación de servicios.

²⁶¹ F. CAPILLA RONCERO, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, página 576.

²⁶² C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil III...*, op. cit., pág. 264.

²⁶³ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Enciclopedia jurídica básica...*, op. cit., pág. 1597, dice sobre el contrato de obra que: "El contratista asume una obligación de hacer, que no es de mera actividad, sino de resultado".

²⁶⁴ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil II...*, op. cit., pág. 175, este es el criterio mantenido por el profesor La Cruz.

el de servicios de actividad²⁶⁵; el segundo criterio de distinción, consistiría en resolver los casos dudosos con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en manos del que realiza el trabajo²⁶⁶.

Puede afirmarse que dentro de estos contratos se pueden englobar prestaciones tales como la elaboración de un dictamen, o la redacción de un proyecto, o la representación en juicio por parte de un abogado, o la realización de labores de limpieza de una oficina, y muchas más²⁶⁷; prestaciones todas ellas que actualmente se encuadran dentro del objeto que puede tener el contrato de servicios²⁶⁸. La proximidad conceptual, entre el contrato de obra y de servicios y el contrato de servicios regulado por la Ley de Contratos del Sector Público, se comprueba fácilmente en el momento actual al hacer una lectura del artículo 10 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dice que:

“Son contratos de servicios²⁶⁹ aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad²⁷⁰ o dirigidas a la obtención de un resultado²⁷¹ distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta

²⁶⁵ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Enciclopedia jurídica básica...*, op. cit., pág. 1597.

²⁶⁶ Este es el criterio que ofrecen los profesores L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil...*, op. cit., pág. 395, ponen como ejemplo la preparación para un examen, conducción de un proceso, etc, ni el preparador ni el abogado tienen poder directo sobre el resultado satisfactorio. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995.

²⁶⁷ Podemos citar un Real Decreto Sentencia de 10 de agosto de 1880, de indemnización de perjuicios por anulación de un contrato sobre arriendo por el Ayuntamiento de San Sebastián del arbitrio de exportación de la pescadería, cuyo establecimiento no era legal.

²⁶⁸ También ha sido frecuente, en algunos momentos de nuestra historia el arriendo del cobro de los tributos, así nos lo dice J.L. MEILÁN GIL, *La actuación contractual de...*, op. cit., pág. 19.

²⁶⁹ Otro dato significativo, que permite pensar en una aproximación entre la terminología del Código Civil y la de la Ley de Contratos del Sector Público, se advierte con la denominación del contrato como de servicio, por la mencionada ley.

²⁷⁰ Esta noción supone una aproximación al concepto de contrato civil de servicios. Como explicaré, en otro apartado, el legislador trata de buscar el acomodo o la conexión entre el tipo civil y la definición del contrato del sector público de servicios.

²⁷¹ Estas expresiones nos hacen aproximarnos al contrato de obra. Como explicaré, en otro apartado, el legislador trata de buscar el acomodo o la conexión entre el tipo civil y la definición del contrato del sector público de servicios.

Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

A tenor de todo lo hasta aquí dicho, sobre los contratos civiles de obras y de servicios, y teniendo en cuenta el artículo 10 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, transcrito, es posible afirmar que si existen algunos contratos civiles típicos en los que hubiera podido fijarse el derecho administrativo para inspirar el contrato de servicios, estos serían los contratos de obras y los de servicios con los que guarda una identidad sustancial²⁷².

Ya se ha dicho que el derecho administrativo hace uso de las instituciones civiles, modulándolas y adaptándolas a las necesidades que plantea el tráfico jurídico-administrativo; también se ha señalado que la creación de contratos administrativos típicos se hace mediante dos técnicas, o bien se crean ex novo, o bien se toman en consideración contratos civiles adaptándolos a las necesidades administrativas. Creo que en el caso del contrato de servicios se eligió esta última opción, siendo los contratos civiles que se tomaron de referencia los de obras y servicios²⁷³.

B) El contrato de mandato²⁷⁴.

²⁷² Muestra de esta identidad sustancial, es que la doctrina más cualificada cuando comentaba el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizaba para calificar a estos contratos terminología civil, así ver, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho...*, op. cit., pág. 722, nos dicen que: “El primero (refiriéndose a los contratos de consultoría y asistencia, contratos que hoy se engloban dentro del objeto del contrato de servicios) parece responder al tipo de locatio operis (arrendamiento de obra), en tanto que el segundo (el contrato de servicios) es un típico arrendamiento de servicio (locatio operarum).

²⁷³ Sobre los orígenes históricos del contrato civil de servicios, puede consultarse el gran trabajo de R. GIBERT, *El contrato de servicios en el derecho medieval español*, Revista de Política Social, núm. 101, 1974.

²⁷⁴ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1942, calificó de mandato la gestión de préstamos por el Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento para la construcción de un camino vecinal.

Algún autor (GIBERT, Rafael) ha señalado que, en determinadas ocasiones, prestaciones que pudieran recaer dentro del actual contrato de servicios fueron calificadas, normativamente como de mandato²⁷⁵. El artículo 1709 del Código Civil, dice que:

“Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.”.

Debido a la manera que tiene de configurarlo el Código Civil, se presentan dudas a la hora de diferenciar el mandato del contrato de servicios y el de obra, la doctrina apunta unas características del contrato de mandato que no siempre dejan de una manera clara dibujada la diferencia con los contratos de obras y de servicios²⁷⁶, parece que la nota que mejor sirve para distinguir el mandato del contrato de obras y de servicios es la de la sustitución que se produce en el mandato, algunos autores utilizan como criterio de distinción el hecho de que, en el mandato, la prestación constituye una actividad jurídicamente relevante²⁷⁷, otros sin embargo, consideran que la clave de la distinción se encuentra en las prestaciones sobre las que recae el contrato²⁷⁸.

²⁷⁵ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría...*, op. cit., pág. 72, dice que: El Real Decreto de 24 de septiembre de 1898, calificó de mandato el contrato para el cobro de arbitrios del Ayuntamiento de Villaverde.

²⁷⁶ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil II...*, op. cit., pág. 208, dice que: “Este precepto ha sido criticado por la doctrina española por vago e impreciso...” y pág. 209 y sigs., dicen que el mandato se caracteriza por: a) Es un fenómeno o mecanismo de cooperación entre dos personas. Esta colaboración se caracteriza por llevarse a cabo por vía de sustitución, obrando el mandatario en lugar del mandante, realizando aquél lo que podría hacer este, y vinculando el resultado de su gestión a la esfera jurídica del interesado, b) No se trata de cualquier tipo de cooperación (genérica), sino una muy particular: la actividad del mandatario, desarrollada en interés del mandante, ha de ser jurídicamente relevante, c) Ajenidad, respeto del mandatario, del interés gestionado, d) Es un contrato, en principio, gratuito (artículo 1711 Cc), e) Es unilateral (si es gratuito), y bilateral (si es retribuido), f) es un contrato de fianza (intuitu personae).

²⁷⁷ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil...*, op. cit., pág. 420.

²⁷⁸ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil III...*, op. cit., pág. 371, dice que: “En el arrendamiento de obra y de servicios, el arrendador se obliga a ejecutar por sí mismo una actividad de carácter material en beneficio del arrendador. El mandatario, en cambio, se obliga a gestionar los intereses del mandante a través de la realización de determinados actos jurídicos cuyo contenido acabará recayendo en la esfera jurídica del mandante”.

La referencia que se ha hecho al mandato tiene como finalidad diferenciar esta figura de los otros dos contratos comentados, con el fin de justificar que, en algún momento, se haya producido confusión que haya conducido a calificar las prestaciones estudiadas como mandato²⁷⁹.

C) Contrato de transporte²⁸⁰.

En el capítulo que el Código Civil dedica al “arrendamiento de obras y de servicios” regula sumariamente los transportes por agua y tierra “tanto de personas como de cosas”²⁸¹, recuerda el profesor LA CRUZ que el transporte tiene una inevitable faceta de contrato de obra dirigido a conseguir un resultado²⁸², también son interesantes las aportaciones de DIEZ PICAZO que dice que el contrato civil de transporte tiene una escasa importancia²⁸³. En algún momento de nuestra historia se ha hecho uso de este contrato para satisfacer necesidades de la Administración²⁸⁴.

2.7. Evolución del contrato de servicios desde el año 1995 hasta hoy.

²⁷⁹ Nosotros mantenemos que los contratos a los que acudía la Administración antes de aparecer el contrato de servicios, eran los contratos de obras y de servicios.

²⁸⁰ Como sabemos, hoy, dentro de las prestaciones del contrato de servicios podemos encontrar prestaciones de transporte.

²⁸¹ Artículos 1601 a 1603 del Código Civil.

²⁸² J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil II*..., op. cit., pág. 199, dice que: “... el transporte tiene una inevitable faceta de contrato de obra dirigido a conseguir un resultado, pues el porteador, en principio, no se limita a prestar su actividad, sino, que se compromete a poner las mercancías en poder o a disposición del destinatario, en lugar determinado, o a trasladar a las personas”.

²⁸³ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*..., op. cit., pág. 388, dicen que: “El contrato civil quedaría reducido a la hipótesis en que el transportista no es empresario, no practica con habitualidad la actividad de transporte”.

²⁸⁴ J.L. MEILÁN GIL, *La actuación*..., op. cit., pág. 25, dice que: “Salvo el caso singular de los ferrocarriles, en el siglo pasado la conducción del correo por vía terrestre y marítima se hace en virtud del contrato...”.

Con el fin de adaptar la legislación española a las exigencias que imponía la normativa comunitaria se dictó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas²⁸⁵, esta Ley ofrece un marco jurídico estable que responde a las peculiaridades de la contratación pública inspirada en la necesaria consecución del interés general²⁸⁶. También hay que señalar que una de las novedades más salientes de esta Ley del año 1995 consiste en que por primera vez se hace una regulación uniforme de la contratación de todas las Administraciones Públicas²⁸⁷, la misma se fundamenta en la competencia que tiene el Estado para dictar legislación básica sobre la materia²⁸⁸, tratando de conseguir un tratamiento común de todos los administrados²⁸⁹, también la idea de dictar la Ley surge tras la promulgación de la Constitución de 1978²⁹⁰. Siendo dos, en definitiva, los grandes motores de la reforma, el derecho comunitario, y las necesidades que en la materia planteaba la Constitución (en particular el nuevo sistema de distribución de competencias y las Comunidades Autónomas.).

²⁸⁵ J.M. ESQUERDA ROSET, *Principales innovaciones de...*, op. cit., pág. 363, dice que: “El objetivo inicial perseguido por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha sido la adaptación de la legislación española en materia de contratación administrativa a la normativa comunitaria, obligada consecuencia de la pertenencia de España a la Comunidad Europea”.

²⁸⁶ M. CARLÓN RUIZ, *La ley de contratos de las administraciones públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico-público*, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson-Civitas, 2004, pág. 1801.

²⁸⁷ De ahí su denominación como Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta nueva denominación responde definitivamente a la realidad administrativa creada por la Constitución de 1978, que crea entes territoriales diversos, con autonomía y capacidad de contratar.

²⁸⁸ Ver el artículo 149.1.18 de la Constitución de 1978.

²⁸⁹ J. M. ESQUERDA ROSET, *Principales innovaciones...*, op. cit., pág. 366, dice que: “En consonancia con la competencia exclusiva que la Constitución atribuye al Estado para promulgar la Legislación básica sobre contratación administrativa, la Ley abandona su anterior denominación estatal para referirse a todas las Administraciones Públicas, con lo que garantiza las bases que proporcionan un tratamiento común a todos los administrados con el fin de conseguir una igualdad de oportunidades”.

²⁹⁰ M .A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo...*, op. cit., pág. 116, dice que: “Es, por tanto, a partir de dicho momento (promulgación de la Constitución) cuando empieza a gestarse la idea de la necesaria; revisión que cristalizaría en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, una característica de dicha Ley fue el largo período de gestación de la misma”.

Por lo que respecta a la delimitación de los contratos administrativos típicos esta Ley optó, como no podía ser de otra forma, por dar una definición de los mismos a través de su objeto²⁹¹.

Así, el artículo 5.2.a de la Ley, que decía que:

“Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y a realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales”.

En este precepto se recogían los contratos administrativos típicos de los que nos interesa destacar por su vinculación con el actual contrato de servicios los siguientes: El contrato de consultoría y asistencia, los contratos de servicios²⁹² y los contratos celebrados excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales²⁹³. Será el artículo 197 de la Ley el que aporte una definición de estos contratos, definiéndolos de la siguiente manera:

²⁹¹ J. M. BOQUERA OLIVER, *Los contratos de la...*, op. cit., pág. 25, dice que: “De entre todos los criterios utilizados por la jurisprudencia para caracterizar el contrato administrativo, la Ley vigente elige el del objeto del contrato para que sepamos cuándo es contrato administrativo. Pero hace una lista de objetos del contrato que hacen a éste administrativo cuando una de sus partes es la Administración”.

²⁹² M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato...*, op. cit., pág. 146, dice que: Los contratos de servicios se diferenciaban de los otros dos por el carácter material de las prestaciones.”. M .A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato...*, op. cit., pág. 142, dice que: “La legalización de dichos contratos (refiriéndose a los de consultoría y asistencia, servicios y de trabajos específicos concretos no habituales) se debió tanto a la importancia práctica que habían experimentado como a las exigencias derivadas del Derecho comunitario”.

²⁹³ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato...*, op. cit., pág. 152, dice que: “Como puede comprobarse, la definición legal de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales era ambigua y deficiente. En concreto de la misma desatacaban dos notas: a) Había de tratarse de contratos excepcionales, sólo admisibles cuando su objeto no podía ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos; b) Y su objeto no podía ser el definido para los contratos de consultoría y asistencia ni para los contratos de servicios”.

“1. Los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales²⁹⁴ que celebre la Administración se registrarán por la presente Ley.

2. Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

- Toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier tipo de trabajo técnico.

- Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

- Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

- Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual.

3. Son contratos de servicios aquellos en los que la realización del objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización de la misma.

4. Son contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales²⁹⁵ los que, no estando incluidos en los dos apartados anteriores, se

²⁹⁴ Como se podrá comprobar este tipo contractual fue conceptualmente problemático desde el principio, así lo ha destacado P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado*, Aranzadi Social núm. 14/2000, 2000.

²⁹⁵ Categoría contractual que como sabemos tiene su origen en la Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos”.

Esta regulación supone la aparición definitiva del contrato de servicios con una regulación completa y autónoma²⁹⁶. El fundamento de su aparición lo encontramos en la necesidad de realizar la integración de la normativa que se encontraba dispersa hasta ese momento. Estos tres contratos administrativos típicos se encuentran englobados actualmente dentro del contrato de servicios, por lo que se puede señalar que se ha producido una simplificación de esta figura contractual²⁹⁷.

Como puede comprobarse, de la lectura de este precepto, las prestaciones de estos tres contratos típicos guardaban profundas similitudes entre sí, por lo que fue preciso establecer criterios de distinción entre los mismos. De esta forma, el principal criterio de distinción entre los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, era el predominio de las prestaciones carácter intelectual en los primeros, así lo puso de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa²⁹⁸ y la doctrina que se ocupó de esta modalidad contractual (GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.²⁹⁹), si bien este criterio no era infalible³⁰⁰, ese

²⁹⁶ Cabe recordar que el Reglamento de 1974 (Decreto 1005/1974), remitía a la regulación del contrato de obras para lo no previsto en esa norma.

²⁹⁷ La simplificación ha consistido en que mientras que en el año 1995 las prestaciones del actual contrato de servicios se englobaban bajo la denominación de contratos de consultoría y asistencia, contratos de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales, hoy todos han pasado a formar parte del contrato de servicios.

²⁹⁸ Así lo ha señalado en múltiples ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/01, de 9 de enero de 2002, alude a los criterios de distinción entre los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios, señalando como único criterio de distinción el predominio de las prestaciones de carácter intelectual. También el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/1998, de 16 de diciembre de 1998, alude al predominio del carácter intelectual de las prestaciones, para diferenciar este contrato del de servicios.

²⁹⁹ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato...*, op. cit., pág. 14, dice que: “ En consecuencia, este carácter intelectual de las prestaciones que configuran el objeto de los contratos administrativos de consultoría y asistencia, exigirá, de otra parte, una cualificación específica en los profesionales que se contratan por esta vía; cualificación que requerirá el estar en posesión de la correspondiente titulación académica que les habilite para la prestación de dichos servicios intelectuales y que no pueden ser satisfechos con los propios medios personales con que cuenta la administración”. También E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit., pág. 222, dice que: “Respecto a la nota de la actividad intelectual, si bien todo tipo de actividad tiene un componente material y otro intelectual, tradicionalmente se ha considerado que las prestaciones de servicios para las cuales era necesario contar con una formación técnica más importante son aquellas a las

mismo autor añadió como criterio de distinción uno subjetivo constituido por la cualidad profesional del contratista acreditada por su titulación académica.

Otro paso se produjo con la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que suprime la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales³⁰¹, desaparición que viene motivada por el fin de evitar problemas interpretativos, siendo subsumidas sus prestaciones por los contratos de consultoría y asistencia³⁰², esta supresión demuestra la tendencia que apuntada anteriormente a la simplificación de esta figura contractual. A modo de reflexión más profunda hay que decir que la desaparición del contrato aludido supone una muestra del carácter instrumental que tienen las figuras jurídicas, que cuando dejan de ser útiles, o su uso plantea problemas interpretativos (como era el caso) desaparecen con toda

que cabe aplicar el calificativo de intelectuales, entre las que se comprenden la arquitectura y abogacía, ingeniería y similares. Esta clasificación proviene esencialmente del derecho italiano”.

³⁰⁰ De esta forma se calificaba como de contrato de servicios la realización de programas de ordenador a medida (artículo 197.3.d de la Ley), actividad en la que se produce un claro predominio de las prestaciones de carácter intelectual, y que según el criterio del carácter intelectual debería calificarse como de contrato de servicios.

³⁰¹ Como señala la exposición de motivos de la ley el motivo de la supresión era doble, en primer lugar, evitar la confusión que esta figura creaba, y el segundo, que las prestaciones de este contrato pueden ser perfectamente asumidas por el contrato de consultoría y asistencia. El carácter problemático de la figura se destaca por J. LUJÁN ALCARAZ, *Los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración Pública, (comentario a la STSJ Castilla- León- Valladolid 21 de enero de 1997)*, Aranzadi social, págs. 2501-2503, 1997, dice que: “Sobre el sustrato normativo, no puede extrañar que, como se anticipó, STSJ Castilla y León/ Valladolid de 21 de enero de 1997 haya optado por calificar como uno de estos contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales- y, por ende, por declarar su incompetencia jurisdiccional para conocer de la reclamación de diferencias con causa en el mismo- el concertado entre cierto Organismo Público y un monitor de formación profesional ocupacional para un curso de ebanistería de 400 horas, con retribución pactada globalmente y prestación de fianza.”.

³⁰² E.M. MENÉNDEZ SEABSTIÁN, *El contrato de...*, op. cit, pág. 89, dice que: “ Los conocidos como contratos para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, que venían regulándose hasta ese momento por los Reales Decretos 1465/1985, de 17 de julio y 2357/1985, de 20 de noviembre, se han unido a los contratos de consultoría expresamente ya desde la reforma por la Ley 53/1999.” Y pág. 90, dice que: “ Tras la promulgación de la Ley 53/1999 surge una nueva duda al respecto, ya que estos contratos desaparecen para incorporarse a los de consultoría y asistencia, con lo cual, y a pesar de la omisión de toda referencia de dicha Ley expresamente a las normas derogadas, las relativas a los contratos específicos y concretos no habituales de la Administración parece lógico que no sigan en vigor, ya que al formar parte estos contratos de los de consultoría y asistencia serán las normas reguladoras de éstos las aplicables. Además, el actual Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deroga los Decretos por los que se regulaban hasta este momento ambas figuras contractuales”.

normalidad. En este supuesto particular la cuestión es especialmente llamativa, ya que la figura que fue objeto de supresión contaba con menos de cinco años de historia normativa³⁰³.

Otro paso en la evolución normativa de la figura estudiada se produjo con el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, recogiendo una definición de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios³⁰⁴ en el artículo 196 del mencionado Texto Refundido³⁰⁵, si bien esta definición es similar a la que daba la Ley de 1995³⁰⁶.

³⁰³ A lo largo de todo este trabajo se podrán encontrar múltiples ejemplos de esta legislación fugaz. También aparecerán referencias doctrinales críticas sobre esta práctica, especialmente recomendable es el ensayo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Civitas, reimpresión 2000.

³⁰⁴ M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo...*, op. cit, pág. 150, dice que el contrato de servicios configurado por esta Ley tenía un marcado carácter residual, teniendo respecto al mismo el contrato de consultoría y asistencia un carácter preferente, actuando el contrato de servicios como una especie de “cajón desastre”, continúa diciendo que sus prestaciones tenían un carácter más material o físico.

³⁰⁵ Las prestaciones en que consistía el contrato de consultoría eran susceptibles de encuadrarse en dos grupos, un primer grupo, constituido por las prestaciones que el contratista realizaba de una manera independiente (artículo 196.2.a) y las que realizaba en colaboración con la Administración (artículo 196.2.b).

³⁰⁶ Así el artículo 196 del Texto Refundido tenía el siguiente tenor literal: “1. Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios que celebre la Administración se regirán por la presente Ley.

2. Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

1ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

2ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

3ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

4ª Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas.

3. Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:

Continúa la evolución con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, que introducía novedades en los contratos de servicios para la gestión de sistemas de la información³⁰⁷.

Las particularidades que presentan los contratos de servicios informáticos hicieron que la Comisión de Expertos sobre el Diagnóstico y Situación de la Contratación Pública propusiera que los mismos dieran lugar a la aparición a una figura autónoma³⁰⁸, posibilidad que finalmente no prosperó.

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos en instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas”.

³⁰⁷ El apartado quinto de la Exposición de Motivos de la Ley, justifica la nueva regulación de la siguiente manera: “Asimismo se regula el contrato de servicios para la gestión de los sistemas de información, que comprende el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas”.

³⁰⁸ Ver Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, págs. 126 y sigs., Propone la creación de una nueva categoría de contrato que sería el contrato de gestión de la información y las comunicaciones, señala el informe que entre las razones que justifican la creación de esta nueva categoría, se encuentran las siguientes:

- La contratación administrativa en el área de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones se caracteriza por su complejidad. Dicha complejidad es, a su vez, fruto de una creciente sofisticación de los propios servicios y sistemas de tratamiento de la información y de las telecomunicaciones. Ante este panorama se hace necesario paliar la incertidumbre que, tanto para la Administración contratante como para los contratistas, pueda generar la citada complejidad, a través de un reconocimiento específico en la Ley de este tipo de contratos.
- Los contratos en el área de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones tienden a ser contratos de naturaleza mixta con un difícil encaje en las modalidades tradicionales de contratos con la administración. Si bien es cierto que el contrato mixto está específicamente previsto en la Ley, podemos afirmar en el caso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones este

Es importante señalar que la mencionada Comisión de Expertos manifestó en su informe, que no veía inconveniente en que los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios recibieran una denominación única³⁰⁹, que podría ser la de contrato de servicios³¹⁰. La citada propuesta era lógica, ya que la denominación de contrato de consultoría y asistencia, le resultaba desconocida al regulador comunitario, que englobaba todas las prestaciones de esos dos tipos contractuales, bajo uno que recibía la denominación de contrato de servicios.

Antes de continuar con la evolución normativa del contrato de servicios, es oportuno hacer un alto para recordar lo dicho por el profesor MARTÍN RETORTILLO, S., quien de una forma visionaria aludía a que se estaba avanzando hacia una doctrina general de la contratación de las Administraciones públicas, limándose las diferencias contrato civil contrato administrativo³¹¹.

carácter mixto se vislumbra “a priori” para muchos de ellos, justificándose, de este modo, el dotarles de cierta autonomía en el marco de la ley.

- Los diferentes tipos de servicios en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, presentan ciertos elementos y peculiaridades, comunes siendo éstas las que precisamente, dotan a los mismos de una cierta fisonomía y sustantividad propias.

³⁰⁹ Ver Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, página 126.

³¹⁰ Debemos recordar que en el ámbito comunitario no existe la categoría de contrato de consultoría, sino que únicamente existe la de contrato de servicios. Se trata por lo tanto de un nombre que responde a la tradición jurídica española y a una decisión del legislador español, que al denominar el contrato, tenía dos opciones, o bien, seguir la tendencia reduccionista de la unión, que engloba todas las prestaciones bajo un único nombre; o apostar por la tradición jurídica española. Finalmente, optó por esta última.

³¹¹ S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho administrativo*, op. cit., pág. 383, dice que: “Las cuestiones referentes a la contratación de las Administraciones públicas han girado habitualmente en torno a la distinción entre contratos administrativos y contratos privados. Ello conlleva la determinación del derecho aplicable; y, consecuentemente, la del orden jurisdiccional competente para su conocimiento. O a la inversa; era el orden jurisdiccional competente el que fijaba el derecho aplicable. Que cualquiera de las opciones puede entenderse como históricamente válida. La diferenciación expuesta, se ha visto, ha ido diluyéndose de modo creciente. En nuestros días, carece de la relevancia que antes tuviera: ampliación del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, como consecuencia de la doctrina de los actos separables; sometimiento también de determinadas actuaciones de los contratos privados a las mismas exigencias que los contratos administrativos, etc. Y, sobre todo, la legislación europea ha impuesto una evidente aproximación de los dos supuestos que es, en definitiva, la que queda reflejada en la LCAP”.

La evolución concluye con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (ahora Texto Refundido), cuyo artículo 10, define el contrato de servicios de la siguiente manera:

“Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

De este precepto, y en general de las innovaciones que en esta materia ha introducido la nueva Ley, interesa destacar varias cuestiones:

La primera, es que con la nueva Ley se completa la tendencia simplificadora anunciada. La segunda, consistiría en señalar que desaparece la figura del contrato de consultoría y asistencia, viéndose subsumidas sus prestaciones dentro del contrato de servicios. En tercer lugar, nada dice la Ley acerca de las razones que han llevado al legislador a suprimir la figura del contrato de consultoría y asistencia³¹², también es importante señalar la nueva Ley continúa dando una definición del contrato a través de su objeto³¹³, si bien esta definición ya no tiene el carácter marcadamente descriptivo que tenía en las anteriores regulaciones³¹⁴; por último, como ya se ha dicho se advierte una aproximación en la definición a la noción civil de contrato de servicios y de obras. El artículo 1544 del Código Civil dice que:

³¹² Esta ausencia de referencias a las razones de la desaparición del contrato de consultoría y asistencia, son una muestra más del escaso interés que ha suscitado este tipo contractual para el legislador. Ni siquiera se esfuerza en explicar los motivos de la desaparición de una figura que gozaba de una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico.

³¹³ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil...*, op. cit., pág. 42, dice que: “El objeto es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de aquellos (los contratantes)”.

³¹⁴ Ver artículo 197 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos del Sector Público, y, el artículo 196 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

“En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

2.8. Evolución histórica del contrato de servicios en la normativa comunitaria. Consideraciones generales acerca de la evolución histórica de la figura contractual.

Resulta imposible, en el contexto histórico normativo en el que vivimos actualmente, marcado por el fenómeno de la integración supranacional plantear una evolución histórica de un contrato del sector público, sin girar la vista hacia el derecho comunitario, que en definitiva es el auténtico inspirador de gran parte de la regulación que recae sobre este sector.

Por lo dicho y con el fin de completar el análisis de la evolución histórica del contrato de servicios, se debe aludir a la evolución de esta figura en el derecho comunitario³¹⁵, así se cierra el círculo de la evolución histórica del contrato de servicios en nuestro país, puesto que la misma va íntimamente unida a las reformas procedentes de las instituciones comunitarias³¹⁶.

³¹⁵ La influencia del derecho comunitario en materia de contratos públicos es un hecho indudable, J. CRUZ ALLI ARANGUREN, *La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 67, dice que: “El régimen de los contratos administrativos ha experimentado un nuevo desarrollo derivado del Derecho comunitario en cuanto a los principios, las fuentes, los tipos y las relaciones público- privado, que persigue la creación de un “mercado común de los contratos públicos” en el seno de la Unión Europea, dotado de un ordenamiento propio.”.

³¹⁶ Valorando el impacto que sobre los países miembros tiene la integración en la unión europea, son interesantes las palabras de J.M. BOQUERA OLIVER, *Influencia de la comunidad económica europea sobre los procedimientos de selección de contratistas de las Administraciones nacionales*, Revista de Administración Pública, núm. 29, 1991, pág. 417, dice que: “También el Derecho administrativo de los Estados miembros se transformará a impulsos de la nueva situación. Los súbditos de los Estados miembros de la Comunidad ocuparán la situación de administrados respecto de otra Administración; Administraciones nacionales, hasta ahora prepotentes, se verán en algunos aspectos sometidas a una Administración superior y en algunas relaciones serán administrados.”.

El artículo 2 del Tratado en su versión consolidada habla del establecimiento de un “mercado común”, la creación de ese mercado interior supone un espacio sin fronteras, lo que implicaría un principio de igualdad de trato o de no discriminación por razón de la nacionalidad, lo dicen MEILÁN GIL, J.³¹⁷ y HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín³¹⁸. No obstante, en un determinado momento los principios que se extraen del Tratado se demuestran insuficientes para conseguir el objetivo de la creación de un mercado único, en materia de contratos públicos, y por ese motivo se considera necesario acudir a las directivas en materia de contratación pública³¹⁹.

La preocupación comunitaria por los distintos tipos de contratos públicos ha sido, al igual que en España progresiva, comenzando por los contratos de obras (año 1971)³²⁰, continuando por los contratos de suministro (año 1976)³²¹, y finalizando con los contratos de servicios (año 1992)³²², este marco jurídico se completaba con dos directivas de recursos

³¹⁷ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ius tel, 2008, pág. 93.

³¹⁸ J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y medio ambiente*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, 113, 2006, pág. 227, dice que: “ El derecho originario de la Unión Europea no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. No obstante, los principios generales que proclama son directamente aplicables a la contratación pública”.

³¹⁹ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los...*, op. cit. pág. 94, dice que: “Las Directivas respondieron a la convicción de que las prohibiciones establecidas en los Tratados eran insuficientes para la realización del mercado único, en cuanto se refiere a los contratos públicos. No se trataba solo de prohibir prácticas contrarias a los principios y libertades reconocidas, sino de garantizar unas pautas de actuación de los Estados de conformidad con criterios de igualdad, para la participación en dichos contratos y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de los mismos. De esta manera se hacían más efectivas las libertades anteriormente citadas.”.

³²⁰ Se regulaban por la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, modificada por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y por la Directiva 97/52/CE.

³²¹ Se regulaban por la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 diciembre de 1976, modificada por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y por la Directiva 97/62/CE.

³²² Se regulaban por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, modificada por la Directiva 97/62/CE. El devenir histórico de los contratos comunitarios, coincide con el que se ha seguido en el ordenamiento jurídico español.

una para los sectores clásicos³²³, y otra para los especiales³²⁴; y por una directiva para los sectores excluidos³²⁵. Lo que demuestra esta evolución normativa progresiva es que los contratos de servicios han supuesto, hasta ahora³²⁶, la última preocupación del legislador comunitario, hecho en el que se produce una coincidencia entre el legislador nacional y el comunitario³²⁷. Si bien se advierte una diferencia sustantiva en la evolución normativa, con respeto al derecho patrio, la misma consiste en que mientras que el contrato de servicios, en nuestro ordenamiento jurídico se han ido montando sobre la base de la refundición de diferentes tipos contractuales, siendo por lo tanto una figura que ha experimentado una evolución normativa, que en cierto modo se ha visto culminada por la influencia del derecho comunitario, no ocurre lo mismo en la normativa comunitaria, ya que para este ordenamiento el contrato de servicios es una categoría que ha surgido *ex novo*. La anterior conclusión, es una consecuencia lógica del propio devenir histórico del derecho comunitario regulador de los contratos públicos, que es un derecho que nace con el objeto de crear un mercado común, posterior en el tiempo a los ordenamientos jurídicos de los países miembros y que por lo tanto no cuenta con la tradición normativa que ofrecen el resto de regulaciones. El regulador comunitario a la hora de plantear una determinada Directiva en materia de contratación, debe hacerlo sobre la base de un derecho preexistente en los países miembros, que cuentan con unas figuras jurídicas heterogéneas,

³²³ Cabe señalar que la terminología “sector clásico”, “sector especial”, es la utilizada por el Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, de 27 de noviembre de 1996. La Directiva de Recursos para los sectores clásicos era la Directiva 89/665/CEE.

³²⁴ Los recursos para los sectores especiales se regulaban por la Directiva 92/13/CEE.

³²⁵ Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

³²⁶ Se ha utilizado la expresión, hasta ahora, por el sencillo motivo de que en la actualidad existen varios proyectos normativos en el ámbito comunitario por medio de los cuales se pretende ampliar el radio de influencia del derecho comunitario, en aras a la creación de un mercado de la contratación pública con más negocios jurídicos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. En concreto se puede citar el intento de buscar una regulación para los contratos de colaboración público privada, por medio del Libro Verde, Sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones, de 30 de abril de 2004; o la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011.

³²⁷ Recordemos la evolución histórica del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español, y en particular, la tardía incorporación de estos tipos contractuales a la regulación general y básica de los contratos administrativos, con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; norma que vino motivada por la necesidad de incorporar la normativa comunitaria al ordenamiento jurídico español.

que por medio de su labor deben homogeneizarse en determinados aspectos estratégicos para la consecución del mercado común (procedimiento de adjudicación).

Uno de los hechos más importantes que justificaron la incorporación de los contratos de servicios a la normativa del año 1995, fue la necesidad de adaptarse al ordenamiento comunitario, a lo que se puede añadir que el hecho que motivó el cambio de denominación en 1995 de los anteriores contratos de asistencia, por la de servicios fue la influencia comunitaria, influencia que ha provocado que actualmente todas las prestaciones del contrato de servicios reciban una denominación única que es la de contrato de servicios. Así se puede comprobar que la influencia del derecho comunitario, no sólo afecta a aspectos sustantivos de la regulación, sino que también influye en cuestiones formales, como la denominación que reciben los contratos.

La regulación que hizo el legislador comunitario en el año 1992³²⁸ tuvo como punto de referencia básico la regulación comunitaria precedente de los contratos de obras y de suministros, incorporando leves modificaciones motivadas por las posibles especialidades que pudieran tener estos nuevos contratos (SAMANIEGO BORDIÚ, G.)³²⁹.

En el análisis de la Directiva reguladora del contrato de servicios del año 1992 lo primero que llama la atención es que el contrato de servicios se define utilizando tres factores³³⁰: el

³²⁸ J.F. LÓPEZ MÁRQUEZ, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros estados miembros de la unión europea (Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, Revista de Administración Pública, núm. 133, 1994, pág. 327, dice que: “Esta Directiva, que deberá ser aplicada por todos los poderes adjudicadores, pretende evitar las trabas a la libre circulación de servicios, adoptando una nomenclatura común y comprendiendo sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público.”.

³²⁹ G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La regulación española y europea de los contratos públicos de servicios*, en Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas, segunda edición, Civitas, 2004, pág. 1038, dice que: “La regulación comunitaria sobre los contratos de servicios se inspira manifiestamente en la Directivas precedentes que armonizaron los contratos públicos de obras y suministros.”.

³³⁰ El artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, dice que: “A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes: i) los contratos públicos de suministro, tal como se definen en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 77/62/CEE, y los contratos públicos de obras, definidos en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305/CEE; ii) los contratos públicos celebrados en los ámbitos mencionados en los artículos 2, 7, 8 y 9 de la

elemento subjetivo del contrato determinado por la presencia de un poder público, el objetivo relativo al tipo de prestación y, por último un conjunto de relaciones excluidas con la que se produce una delimitación del ámbito de aplicación de esta normativa. Es importante señalar que esta Directiva utiliza además un listado de tipos de contratos con el fin de fijar las relaciones sujetas a la misma, listado que se materializa en un anexo³³¹ y que fue fruto de la dura negociación (SAMANIEGO BORDIÚ, G.)³³².

El siguiente paso se produce con el “Libro verde. La contratación pública en la unión europea: reflexiones para el futuro, de 27 de noviembre de 1996”. Con él se pretendía abrir un debate entre los distintos países miembros acerca de esta materia y puede considerarse como el prólogo de la actual directiva de contratos. En su elaboración el Comité Económico y Social de la Unión y el Comité de las Regiones³³³ realizó algunas propuestas que al final no prosperaron, como la que hizo el primer organismo abogando por la regulación de esta

Directiva 90/531/CEE y los contratos públicos que cumplan con las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de dicha Directiva; iii) los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, estarán sujetos a la presente directiva; iv) los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión; v) los contratos de servicios de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil y buscapersonas y comunicación por satélite; vi) los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación; vii) los contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, así como los servicios prestados por los bancos centrales; viii) los contratos laborales; ix) los contratos de servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere la prestación del servicio.”.

³³¹ Este Anexo era el anexo I, que a su vez se subdividía en otros dos anexos: el anexo I A y el anexo I B.

³³² G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La regulación Española...*, op. cit. pág. 1039, dice que: “La técnica de definir mediante exclusiones llevó naturalmente a una intensa negociación de las mismas por los Estados miembros, pero como incluso así el ámbito de aplicación potencial era muy grande, la negociación desembocó finalmente en la elaboración de unas listas de contratos públicos de servicios plenamente sometidos a la Directiva y otra lista de contratos de servicios no sometidos a sus normas.”.

³³³ Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras, Diario Oficial nº 144 de 16/052001.

materia en un Reglamento en vez de en una Directiva³³⁴, si bien el grado de detalle alcanzado en la regulación comunitaria de contratos deja un escaso margen de desarrollo a los estados miembros.

El último y definitivo paso se produce mediante la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios³³⁵. Entre las múltiples novedades³³⁶ que incorpora esta nueva norma, hay que destacar que constituye una refundición de los distintos tipos de contratos públicos en un único texto con el fin de

³³⁴ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (2001/C 193/02), apartado 2.4, esgrime los siguientes argumentos a favor de la Regulación de la materia por medio de un Reglamento: “El CES constata la existencia de varios factores por los que convendría aprobar un Reglamento en este ámbito: la importancia y la complejidad de los textos propuestos; el número actual de reglamentaciones nacionales de los Estados miembros, que constituye un obstáculo decisivo para la armonización del mercado europeo; el número de países que en el futuro van a incorporarse a la Comunidad, y que estarán dotados o no, de reglamentaciones nacionales; algunos de estos países jamás han contado con una legislación en materia de contratos públicos; el número de reglamentaciones a nivel local; por otra parte, las directivas deben ser transpuestas a las legislaciones nacionales a causa de las novedades legislativas que contienen....(continúa argumentando)... Cabe preguntarse, además, sobre la conveniencia de aprobar una nueva Directiva en un ámbito en el que los operadores económicos, así como los poderes adjudicadores, se remiten a menudo a los textos de las directivas para interpretar sus textos nacionales; el CES opina que un Reglamento sería más adecuado y evitaría variaciones de redacción nacionales en un ámbito en el que la unificación del mercado se realiza de forma laboriosa en razón, especialmente, de la variedad de reglamentaciones nacionales que obstaculizan la apertura de los mercados. Para garantizar la eficacia de la reglamentación europea, es necesario disponer de un texto común.”.

³³⁵ Sobre las finalidades y objetivos que se pretenden con esta Directiva se puede destacar lo señalado en el Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del párrafo tercero del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la Posición común del Consejo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios, de 14 de agosto de 2003, que dice que: “La propuesta tiene por objeto refundir la legislación relativa a contratos públicos, con el fin de crear un verdadero mercado interior europeo en el ámbito de las adquisiciones públicas. Esta legislación no pretende sustituir las normas nacionales, sino garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia en la adjudicación de los contratos públicos en el conjunto de los Estados miembros.”.

³³⁶ Dentro de las novedades merece la pena destacar, aunque simplemente sea a pie de página, la nueva visión que se tiene de la contratación como un instrumento para la realización de políticas de todo tipo, no sólo como un mecanismo de provisión de bienes y servicios, en este sentido J.M. GIMENO FELIÚ, *Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág. 14, dice que: “...la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas.”.

aportar una mayor claridad y homogeneidad en la regulación³³⁷, por otro lado, se aprovecha para incorporar a un texto normativo toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída, en esta materia los últimos años³³⁸.

Esta Directiva continúa con la sistemática que seguía la regulación anterior, delimitando el contrato mediante los tres factores, el objetivo, el subjetivo y el excluyente³³⁹, si bien el elemento excluyente no sólo hay que buscarlo en el artículo 1, sino que se delimita en otros preceptos de la misma³⁴⁰. La definición se complementa con la mencionada técnica de listados³⁴¹, por lo tanto a la hora de delimitar el contrato únicamente se advierten cambios de sistemática o de técnica normativa. Se continúa con la línea mantenida anteriormente regulando en otra disposición la contratación en los sectores excluidos³⁴².

Aspectos destacables de la nueva regulación. Valoración crítica de la regulación comunitaria.

Tras analizar la evolución histórica de la figura del contrato de servicios, procede realizar una valoración de la situación actual de esta modalidad contractual, que como se podrá ver a lo largo del presente trabajo ha suscitado un escaso interés tanto a la doctrina (nacional y comunitaria), como al legislador (nacional y comunitario).

El primer aspecto a destacar, en el ámbito del derecho comunitario, es que el término servicio tiene una carácter polivalente en este ordenamiento, circunstancia esta que, como

³³⁷ Así lo declara expresamente el considerando primero de la Directiva 2004/18/CE.

³³⁸ En este sentido el considerando primero, in fine, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dice: “La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia...”.

³³⁹ El artículo 1.2.d, de la Directiva de 2004, dice que: “Son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II”.

³⁴⁰ Estas exclusiones hay que buscarlas en los artículos 12 y sig. de la Directiva de 2004.

³⁴¹ Ahora los listados se contienen en el anexo II de la Directiva, denominándose anexo II.A y Anexo II. B.

³⁴² Esta regulación se contiene en la Directiva 2004/17/CE.

veremos complica su tratamiento; por otro lado, el contrato de servicios, en cuanto al resto de contratos típicos presenta un carácter residual. Estos dos rasgos caracterizadores de la figura actúan como elementos desestabilizadores del concepto de contrato público de servicios.

En cuanto al carácter polivalente del término servicio, lo podemos comprobar fácilmente si tenemos en cuenta que el legislador comunitario hace uso de este término para referirse a un tipo de contrato público³⁴³, a determinados sectores excluidos del ámbito de la directiva de contratos como son los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales³⁴⁴, al sector de las telecomunicaciones³⁴⁵, o a determinadas actividades que se pretenden liberalizar³⁴⁶. En definitiva, el concepto servicio no es en ningún modo un monopolio exclusivo del derecho regulador de la contratación pública, circunstancia esta que hace que en el ordenamiento comunitario no pueda presentarse un concepto unívoco de servicio.

Por otro lado, el concepto servicio circunscrito al ámbito de la contratación pública, presenta un carácter residual, así el legislador comunitario define a los servicios como aquellos contratos públicos que no son ni una obra ni un suministro³⁴⁷. Así se presenta al contrato de servicios como una categoría residual que actuaría a modo de cierre del sistema de calificación de los contratos públicos, siendo posible reconducir a este tipo todo contrato público que no sea ni una obra, ni un suministro.

³⁴³ Así el artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo del Parlamento y del Consejo Europeo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios contiene una definición del contrato público de servicios.

³⁴⁴ Estos sectores se rigen por la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

³⁴⁵ Este sector se regula en la Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (ver artículos 1,2 y 8).

³⁴⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

³⁴⁷ En este sentido el artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE define los contratos de servicios como: “Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.”.

Profundizando en la regulación comunitaria de los contratos de servicios se observan dos intensidades en la aplicación de la normativa, el motivo de esta dualidad es que existen determinados contratos considerados estratégicos para la creación de un mercado común (los incluidos en el anexo II.A de la Directiva) para los que se establece una regulación intensa³⁴⁸, mientras que hay otros contratos de servicios (los incluidos en el anexo II.B de la Directiva) para los cuales se establece una regulación suave³⁴⁹. Esta regulación a doble intensidad presenta un carácter transitorio, siendo la intención del legislador comunitario llegar a una aplicación plena de la Directiva a todos los contratos de servicios (regulación intensa)³⁵⁰. Parece que ese momento está próximo, ya que actualmente la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Contratación Pública, de 20 de diciembre de 2011, plantea la desaparición del sistema de la doble lista (Servicios “A” y “B”). No obstante, si que se plantea mantener un régimen jurídico peculiar para los servicios sociales, de salud y de educación los cuales presentan características específicas que justifican una regulación diferenciada, ya que se trata de servicios que dependen de las circunstancias sociológicas y culturales de cada país³⁵¹; la principal particularidad de la

³⁴⁸ Así el artículo 20 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55.”.

³⁴⁹ El artículo 21 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “La adjudicación de contratos que tenga por objeto servicios que figuren en el anexo II B sólo estará sujeta al artículo 23 y al apartado 4 del artículo 35.”.

³⁵⁰ En este sentido el considerando 19 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “En lo que respecta a los contratos públicos de servicios, la aplicación íntegra de la presente Directiva debe limitarse durante un periodo transitorio a los contratos en los que las disposiciones permitan realizar todas las posibilidades de crecimiento de los intercambios fuera de las fronteras. Deben vigilarse durante el período transitorio los contratos de los demás servicios, antes de que se adopte una decisión sobre la aplicación íntegra de la presente Directiva. A este respecto es conveniente determinar el mecanismo de esa vigilancia. Dicho mecanismo debe permitir al mismo tiempo que los interesados tengan acceso a la información en la materia.”.

³⁵¹ Con respecto a los servicios sociales, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Contratación Pública, de 20 de diciembre de 2011, dice que: “Servicios Sociales: La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE ha puesto de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hace que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas o culturales. Los servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada. Por lo tanto, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios. La propuesta lo tiene en cuenta y establece un régimen específico para los contratos públicos destinados a adquirir estos servicios, con un umbral más elevado, de

nueva regulación debe situarse en la fijación de un umbral comunitario de publicidad superior al resto de contratos de servicios (500. 000 euros) al entender que por debajo del mismo el contrato no presenta interés transfronterizo.

Probablemente debido al carácter residual que tiene el contrato de servicios, en el derecho comunitario, ha sido necesario que el legislador vacíe a esta categoría de determinadas prestaciones que por el carácter expansivo que tiene no pueden encuadrarse dentro del concepto de contrato público de servicios, ya que por razones diversas no se considera conveniente dicho encuadre. Son las siguientes prestaciones:

1) Los servicios relativos al mercado de las telecomunicaciones: el motivo de la exclusión de este tipo de servicios de la categoría de contrato público de servicios, es que en el ámbito de las telecomunicaciones y debido principalmente a los esfuerzos liberalizadores que se han impulsado desde instancias comunitarias existe un mercado abierto a la competencia, existiendo una competencia efectiva, siendo bastante la regulación que ya hay en la materia³⁵².

2) Como medida de fomento de la investigación y el desarrollo, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos de servicios que tengan por objeto la investigación y desarrollo, siempre que se concierten sobre la base de fórmulas de cofinanciación; encontrándose incluidos en el ámbito de la directiva los contratos que cumplan dos requisitos acumulativos: que los resultados correspondan exclusivamente al poder adjudicador para ser usados en el ejercicio de su propia actividad, y que el poder remunere íntegramente la prestación de servicios³⁵³.

500. 000 euros, imponiendo únicamente el respecto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato. Un análisis del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.”.

³⁵² En este sentido el considerando 21 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Habida cuenta de la situación de competencia de los mercados en el sector de las telecomunicaciones a raíz de la aplicación de la normativa comunitaria destinada a liberalizar este sector, conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente directiva los contratos públicos que tengan por objeto principalmente permitir a los poderes adjudicadores ejercer determinadas actividades en el sector de las telecomunicaciones.

³⁵³ El considerando 23 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “En virtud del artículo 163 del Tratado, el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico constituye uno de los medios para reforzar las bases

-
- 3) No se considera adecuado aplicar la normativa reguladora de la contratación pública a los contratos de servicios que tienen por objeto la adquisición o el alquiler de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos³⁵⁴.
- 4) Debido a la primacía del carácter cultural o social del servicio, se excluyen de la aplicación de la directiva los servicios audiovisuales la excepción afecta a los servicios relativos a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para el uso de y de otros servicios preparatorios, como los relativos a guiones y actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de radiodifusión. No obstante esta exclusión no se aplica al suministro de material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas³⁵⁵.
- 5) Se excluyen de la aplicación de la Directiva los servicios de arbitraje y conciliación, ya que la selección de los árbitros se suele hacer por procedimientos diferentes a los establecidos en la Directiva³⁵⁶.
-

científicas y tecnológicas de la industria de la Comunidad, y la apertura de la contratación pública a servicios coadyuvará a la realización de este objetivo. La cofinanciación de programas de investigación no debe ser regulada por la presente Directiva; por lo tanto, se excluyen los contratos de servicios de investigación y desarrollo distintos de aquéllos cuyos resultados corresponden exclusivamente al poder adjudicador para ser usados en el ejercicio de su propia actividad, siempre que éste remunere íntegramente la prestación de servicios.”.

³⁵⁴ El considerando 24 de la Directiva, dice que: “En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación las normas de adjudicación de los contratos públicos.”.

³⁵⁵ El considerando 25 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben poder tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por esto, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de radiodifusión. Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas. Se debe entender por radiodifusión o difusión por cualquier red electrónica.”:

³⁵⁶ El considerando 26 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Los servicios de arbitraje y conciliación son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos públicos.”.

- 6) Se excluyen del ámbito del contrato público de servicios determinados servicios financieros como los de emisión, compra, venta, transferencia de valores o de otros instrumentos financieros; también los servicios prestados por los bancos centrales³⁵⁷.
- 7) No están sometidos a los procedimientos establecidos en la Directiva los contratos de servicios que se conciertan con talleres de inserción, en este caso prima el carácter social, que hace que quiebren las rigideces procesales que impone la Ley a todos los contratos, siendo posible reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido³⁵⁸.

CAPÍTULO II

RASGOS CARACTERIZADORES DEL CONTRATO DE SERVICIOS. CLASIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON OTROS CONTRATOS CON LOS QUE GUARDA SIMILITUDES.

I. Categorías generales y tipos de contratos del sector público, en particular el contrato de servicios. Concepto y clasificación del contrato de servicios. 1. Consideraciones previas. Concepto de contrato de servicios. 3. Tipos de contratos de servicios. 4. Clasificación de los contratos de servicios. 5. Breve referencia al concepto de contrato de servicios aportado por la legislación foral Navarra. El denominado contrato de asistencia. 6. Breve referencia al concepto que de contrato de servicios ofrece la legislación francesa. **II. Diferenciación del contrato de servicios con otros tipos contractuales con los que guarda similitudes.** 1.

³⁵⁷ La Directiva 2004/18/CE, en su considerando 27, dice que: “De conformidad con el Acuerdo, los servicios financieros a los que se refiere la presente Directiva no incluyen los instrumentos de la política monetaria, tipo de cambio, deuda pública, gestión de reservas y demás políticas que entrañan operaciones con valores u otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los poderes adjudicadores. Por lo tanto, los contratos relativos con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros no están incluidos. Los servicios prestados por los bancos centrales están asimismo excluidos.”.

³⁵⁸ Considerando 28 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”.

Distinción del contrato del Sector Público de Servicios de los contratos civiles de obras y de servicios. 2 Distinción del contrato del sector público de servicios con el contrato civil de mandato. 3. Distinción del contrato del sector público de servicios con el contrato civil de transporte. 4. Distinción del contrato administrativo de servicios del contrato de gestión de servicios públicos. Situación del problema. Propuesta de nuevo criterio de distinción. 5. Distinción del contrato de servicios del de obras. 6. Distinción del contrato de servicios del contrato de suministro. 7. Distinción entre el contrato de servicios y el contrato de colaboración público privada. 8. La utilización abusiva de las subvenciones para ocultar contratos administrativos típicos de servicios. 9. El contrato de servicios configurado como un contrato administrativo especial.

I. Categorías generales y tipos de contratos del Sector Público, en particular el contrato de Servicios. Concepto y clasificación del contrato de servicios.

1. Consideraciones previas.

La nueva estructura de la LCSP³⁵⁹ (ahora TRLCSP) requiere el manejo de conceptos, sistemáticas o categorías que nos ayuden en interpretación de esta norma³⁶⁰ elaborados en la legislación anterior. Sin embargo no puede olvidarse que con la LCSP han aparecido dos nuevos conceptos o categorías, hasta ahora eran desconocidas, como es el propio contrato

³⁵⁹ Sobre la estructura de la nueva LCSP, el apartado III de la Exposición de Motivos dice que: “Ratificado este cambio de enfoque, la presente Ley se separa de la arquitectura adoptada por la legislación de contratos públicos desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, basado en una estructura bipolar construida alrededor de una “parte general”, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una “parte especial”, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos “típicos”. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la Ley de Contratos del Sector Público.....Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger unas disposiciones generales y cinco Libros....”.

³⁶⁰ J.A. ANTONIO MORENO MOLINA, *La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2008, pág. 55, dice que: “La LCSP ha incorporado por fin en nuestro Derecho de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho comunitario y que sin embargo nuestra legislación se resistía a asumir plenamente.”.

del sector público³⁶¹ o el contrato sujeto a regulación armonizada, categorías que se superponen las ya existentes.

Estas nuevas categorías tienen una poderosa influencia tanto en la sistemática de la Ley, como en la determinación del régimen jurídico de las diferentes relaciones afectadas. Por ello, se hace necesario analizar el tipo de contrato de servicios, es conveniente explicar las nuevas categorías generales que maneja la Ley ahora, que son las del contrato del sector público y contrato sujeto a regulación armonizada, a la que hay que añadir la del contrato administrativo.

La delimitación de las nuevas categorías y de los tipos pivota sobre dos elementos, uno el subjetivo (que dependerá del tipo de ente que concierte el contrato); y otro, objetivo, en función del objeto del contrato que se concierte.

Se arrancará, el análisis, por los elementos subjetivos, tratando de partir de los mismos para construir las distintas categorías generales que se proyectan sobre los diferentes tipos de contratos.

1.1. La Ley de Contratos del Sector Público y su cambio de enfoque³⁶².

Como ya se ha señalado anteriormente tras la reforma de la Ley de Contratos del Estado de 1973, la mayor parte de las reformas legislativas introducidas en materia de contratación pública han venido motivadas por la necesidad de adaptar la legislación española a la

³⁶¹ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato de colaboración el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 132, 2006, pág. 611 dice que: “Sin duda, la novedad principal del Proyecto, y por la que ha cosechado las mayores críticas por parte del Consejo de Estado, es la propia estructura y sistemática de la Ley, con sus distintas clasificaciones de los contratos del Sector público-nueva categoría, entorno a la cual gira la regulación de la contratación pública- a las que corresponden distintos niveles o grados de intensidad en la aplicación de la Ley, según sujetos, objeto y valor de los contratos. En efecto, la estructura y sistemática del Proyecto de LCSP, aparte de novedosa, es bastante compleja. Sin embargo, en mi opinión, permite una aplicación más segura de la ley...”.

³⁶² RAZQUIN LIZARRAGA, MARTÍN M. M^a; *La Ley de Contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales*, Revista de Administración Pública, núm. 186, 2011, pág. 53, dice que: “Una valoración genral de la LCSP no puede desconocer sus aspectos positivos, en el sentido de que constituye una norma completa que persigue una nuevas adaptación al Derecho comunitario y, además, aprovecha la ocasión para perfeccionar algunos puntos de la contratación administrativa que precisaban de modificación.”.

normativa comunitaria³⁶³. En ese sentido, la propia Ley de Contratos del Sector Público tiene como una de sus principales finalidades adaptar al ordenamiento interno la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios³⁶⁴, así como corregir algunas disfuncionalidades observadas en la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria a nuestro derecho interno³⁶⁵. Sin embargo, el legislador con la disculpa del cumplimiento de esta finalidad ha aprovechado para hacer un planteamiento de reforma global³⁶⁶ de la contratación pública, así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley³⁶⁷.

No puede dejar de recordarse que la regulación comunitaria tiene un carácter parcial respecto de nuestra legislación de contratación administrativa interna, ya que afecta solamente a la preparación³⁶⁸ y adjudicación del contrato³⁶⁹, quedando en manos de los países miembros lo relativo a la ejecución³⁷⁰.

³⁶³ Así nos lo recuerda el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley 30/2006, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando dice que: “ Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que en los últimos veinte años, las sucesivas reformas han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias...”.

³⁶⁴ Sobre el uso de la directiva en la regulación de la contratación pública, J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *Análisis de la...*, op. cit., pág. 228, nos dice que: “La herramienta más adecuada a tal fin es la directiva, fuente de derecho singular, en la que se señala a los Estados miembros un resultado a conseguir y el plazo en el que deben hacerlo, dejándoles libertad en lo que se refiere a la forma y a los medios”.

³⁶⁵ Tendremos oportunidad de comprobar, en otro apartado del trabajo la jurisprudencia recaída sobre esta materia, tanto en instancias nacionales como en comunitarias. La jurisprudencia del Tribunal de la Unión es especialmente relevante, siendo su influencia una muestra de la importancia y el peso que tiene esta regulación en nuestro país.

³⁶⁶ Así lo dice el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público: “La norma resultante, en consecuencia, no se construye a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación...”.

³⁶⁷ En concreto el planteamiento de reforma global es planteado por el apartado I de la Exposición de Motivos.

³⁶⁸ Así el Capítulo IV del Título II de la Directiva 2004/18/CE, lleva por rúbrica: “Normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato”, estas normas afectan evidentemente a la fase de preparación del contrato.

La Ley estructura su regulación entorno a la figura del contrato del sector público³⁷¹, existiendo en función del objeto del contrato, del sujeto que contrate y de la cuantía del contrato distintas categorías de contratos, algunas de las cuales resultan novedosas³⁷². Por ello es la³⁷³ categoría del contrato del Sector Público la más significativa y trascendente³⁷⁴ como criterio ordenador de la nueva regulación.

Delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁶⁹ Dictamen del Consejo de Estado 214/92, de 21 de mayo de 1992: "...Su carácter parcial, al centrarse de manera exclusiva en lo relativo a la adjudicación de los contratos, con cuanto ésta comporta, omitiendo toda referencia a la ejecución de los mismos; limitación que se explica en orden a su finalidad, que no es otra que la de asegurar la creación de un mercado único europeo basado en la libre competencia de las empresas de todos los Estados miembros en la contratación convocada por cualquiera de ellos".

³⁷⁰ Hay que matizar lo anterior, en el sentido de señalar que la ejecución del contrato interesa al legislador comunitario en la medida en que lo que se haga en esta fase pueda tener un impacto sobre las otras dos. Por ejemplo, se modifica un contrato para introducir nuevas unidades de ejecución, en este caso el derecho comunitario entiende que se debería producir una nueva licitación. Por lo tanto, la fase de ejecución interesa indirectamente al derecho comunitario.

³⁷¹ Cabe recordar que hasta ese momento el sistema se articulaba sobre la base del contrato de la Administración Pública y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública, así lo dice el apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷² Dentro de las novedades que ha introducido la Ley, en cuanto a las categorías de contratos, podemos aludir a las figuras del contrato del sector público, y los contratos sujetos a regulación armonizada. Con respecto a la categoría de contrato sujeto a regulación armonizada, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, *La Ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales*, op. cit., pág. 54, dice que: "Y, sobre todo, con la introducción de una división trascendental entre los contratos SARA (sujetos a regulación armonizada) y no SARA, de modo que sólo los primeros están sujetos a las Directivas de contratación pública.....La regulación de la LCSP pivota de forma excesiva sobre la gran distinción entre contratos SARA y no SARA, de modo que los primeros tienen un régimen jurídico notablemente diferenciado de los segundos, en un intento de minimizar al máximo la transposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico español en materia de contratación pública. Sólo se ha transpuesto lo inevitable e, incluso, dentro de ello con un criterio enormemente restrictivo.";

³⁷³ Estas nuevas categorías podrían ser el contrato del sector público, los contratos sujetos a regulación armonizada, etc....

³⁷⁴ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 611, dice que: "Sin duda, la novedad principal del Proyecto (refiriéndose al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público), y por la que ha cosechado las mayores críticas por parte del Consejo de Estado, es la propia estructura y sistemática de la Ley- nueva categoría, entorno a la cual gira la regulación de la contratación pública- a las que corresponden distintos niveles o grados de intensidad en la aplicación de la Ley, según sujetos, objeto y valor de los contratos".

Las distintas categorías de contratos que acoge la Ley se conceptúan en base a dos elementos: uno objetivo, consistente en las prestaciones en qué consiste cada contrato; y otro, subjetivo, que dependerá del tipo de ente que concierte el contrato, por ese motivo la delimitación del ámbito subjetivo se convierte en una pieza clave para comprender las diferentes categorías de contratos que regula la Ley.

Para abordar la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley es necesario delimitar conceptualmente tres tipos de entes³⁷⁵ que son: Las entidades que integran el sector público³⁷⁶, las Administraciones Públicas³⁷⁷, y los poderes Adjudicadores³⁷⁸.

Una de las novedades del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público consiste en la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley³⁷⁹. Esta ampliación tiene como finalidad hacer frente al problema que para nuestra adaptación al derecho comunitario de la contratación pública ha significado la utilización de entes instrumentales personificados de forma privada con la finalidad de eludir el derecho de la contratación pública³⁸⁰, y del derecho administrativo en general –fenómeno conocido como “huida del

³⁷⁵ J.M. GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación...*, op. cit., pág. 425, dice que: “Uno de los temas calve en la regulación de la contratación pública es, sin duda, el concepto de poder adjudicador, pues del mismo depende el éxito o fracaso de las reglas y principios de la misma, motivo por el que conviene seguir insistiendo en su concreta problemática práctica”.

³⁷⁶ Artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷⁷ Artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷⁸ Artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006, dice que: “...se pretende la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley reguladora de los contratos públicos: ello quiere conseguirse, no ya mediante la extensión parcial de las previsiones legales pensadas para el contrato de la Administración Pública “strictu sensu” a ciertos sujetos y contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (sistema del artículo 2 y disposición adicional sexta del vigente texto refundido), sino construyendo desde el inicio la ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible y que pueda servir- en palabras de la exposición de motivos (apartado II, último párrafo)- como “nicho normativo” que permita albergar ahora o en el futuro por decisiones de política legislativa, las reglas a aplicar por las distintas clases de sujetos”.

³⁸⁰ Sobre la huida del derecho público de la contratación, ver, J.M. GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación subjetivo-funcional...*, op. cit. págs.. 429 y sig..

derecho administrativo”³⁸¹, fenómeno que tanto y tan bien ha sido estudiado por DEL SAZ, Silvia³⁸².

Se hace necesario garantizar la aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos al conjunto de la actividad dependiente de las Administraciones³⁸³, tratando de evitar estos fenómenos.

Conviene no olvidar que si bien la Directiva 2004/18/CE³⁸⁴ resulta de aplicación a determinados contratos en función de su cuantía, los principios que se infieren del derecho originario resultan aplicables a todos los contratos del Sector Público³⁸⁵, existiendo pues

³⁸¹ Se advierte en estos últimos años un doble fenómeno, que afecta a la contratación de las Administraciones públicas, el primero es el de la huida del derecho de la contratación pública, esta huida ha de ser entendida como una huida de unas reglas mínimas que resulten de aplicación a los contratos del sector público y que traten de garantizar el respeto de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, etc...; el segundo fenómeno es el de la huida del derecho administrativo, consistente en buscar fórmulas para eludir la aplicación del derecho administrativo. La base ideológica que ha justificado esta huida del derecho administrativo ha sido apuntada por el profesor S. MARTÍN RETORTILLO, *Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, número 140, 1996 pág. 36, dice expresivamente, el mito de la eficacia como pretexto; la exoneración de controles como objetivo.

³⁸² S. DEL SAZ, *La nueva ley...*, op. cit., pág. 341, dice que: “Fundamentalmente, la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados radica en que mientras las reglas del Derecho administrativo se imponen, todas ellas, a las Administraciones públicas, las demás entidades del sector público pueden diseñar un traje a su medida, decidiendo caso por caso las condiciones y régimen de cada uno de los contratos que celebran. Ello nos conduce a la eterna discusión entre lo reglado y lo discrecional, entre los controles del Derecho público y la libertad de actuación que implica la aplicación del Derecho privado. Pero ¿no son todos, al fin y al cabo, los de las Administraciones y los de las entidades del sector público, los mismos gestores?; ¿no manejan todos ellos fondos que pertenecen a los administrados?; ¿acaso debe presumirse mejor saber hacer o mejor voluntad a los gestores de entidades privadas que por capricho del legislador no han sido sometidos a los controles más rigurosos que implica la contratación administrativa?”. También analiza el fenómeno comentado J.C LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la administración pública al derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 136, 1995.

³⁸³ F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, *La ley de contratos del sector público y el murciélago*, Actualidad jurídica Aranzadi num. 743/2007, 2007, pág. 1, dice que: “...el permanente intento de aliviar, si no eludir, la aplicación de la regulación comunitaria que ha originado varias denuncias de la Comisión europea...”.

³⁸⁴ Acerca del valor que tiene el derecho comunitario, en materia de contratación pública, y en particular de esta Directiva, es expresiva la definición que del derecho comunitario hace J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los...*, op. cit. pág. 93, habla del derecho comunitario como meeting point de los ordenamientos nacionales.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, dice que: “...En efecto, pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.”.

dos intensidades en la aplicación de la normativa comunitaria, intensidades que por otro lado han de ser tomadas en cuenta por el legislador español³⁸⁶. Estas dos intensidades se deducen de lo dicho por la propia Comisión Europea en la Comunicación 2006/C179/02³⁸⁷.

Siguiendo, en este punto, a los profesores SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., se puede señalar que la Ley de Contratos del Sector Público ha delimitado el ámbito subjetivo agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas por la regulación que contiene³⁸⁸. Va a seguirse el orden propuesto por los dos autores citados³⁸⁹, de esta forma en primer término se analizará a las Administraciones Públicas; en segundo lugar a los poderes adjudicadores; finalizando con la delimitación del sector público³⁹⁰.

³⁸⁶ J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *Análisis de la jurisprudencia comunitaria...*, op. cit, pág. 227, dice que: “El Derecho originario de la Unión Europea no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. No obstante, los principios generales que proclama son directamente aplicables a la contratación pública, en virtud de la regla de la primacía del Derecho comunitario”.

³⁸⁷ Interpretación de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C179/02) dice que: Al derecho comunitario no le resulta irrelevante cómo los poderes adjudicadores adjudican los contratos no sujetos a las Directivas, los contratos no armonizados según la terminología de la Ley, porque no alcanzan los umbrales establecidos o, alcanzándolos, se refieren a servicios no incluidos.”.

³⁸⁸ F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, *La Ley de contratos...*, op. cit. pág. 1., dicen que: “Describe el legislador el ámbito subjetivo agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración “a los efectos de la Ley” de las Administraciones públicas; engloba en este primer círculo y añade a nuevos organismos, el segundo, que se refiere a los poderes adjudicadores; para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público.”. También José Antonio Moreno Molina, *La insuficiente incorporación...* op. cit., pág. 67, dice que: “El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada- con nociones que operan a modo de círculos concéntricos. Fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la Ley.”.

³⁸⁹ La expresión círculos concéntricos para referirse al ámbito de aplicación de la Ley, entiendo que es afortunada y compartida por otros autores J.M. GIMENO FELIÚ, *Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág. 23, dice que: “Sin embargo el legislador ha optado para este crucial aspecto por una transposición que, cuando menos, se debe calificar de “barroca”. Se describe una especie de círculos concéntricos donde no siempre queda claro quién y por qué se encuentra en cada uno de ellos.”.

³⁹⁰ Esta sistemática encuentra su sentido si tenemos en cuenta que al ir delimitando las Administraciones Públicas y los poderes adjudicadores nos estaremos aproximando al concepto de sector público, ayudándonos en la delimitación que de este sector hagamos.

Ha podido verse el cambio de enfoque de la nueva Ley que ya no pivota sobre el objeto, que son los diversos contratos administrativos, sino que ahora se centra en los sujetos, esto es los entes que integran el sector público, naciendo en función del ente que concierne el contrato uno u otro tipo contractual³⁹¹.

A) Administraciones Públicas. Primer Círculo.

Una primera aproximación a la noción de Administración Pública conduce a definirla como un aparato organizativo sustancial del Estado que se pone en manos del Gobierno³⁹², para la consecución de determinados fines³⁹³. Pasando al plano positivo, este es el concepto que tiene una mayor tradición en nuestro Derecho. La Administración Pública se ha utilizado para definir subjetivamente el ámbito de aplicación del Derecho administrativo como puede comprobarse en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dice que:

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado³⁹⁴.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas³⁹⁵.

³⁹¹ J.M. MARTÍN OVIEDO, *Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Ámbito subjetivo de aplicación*, Revista de la Función Consultiva núm. 8, 2008, pág. 166.

³⁹² L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, op. cit., pág. 30, dice aludiendo al artículo 97 de la Constitución de 1978 que: “De esta definición de las funciones que incumben al Gobierno se desprende que a este órgano se le reconoce la capacidad de liderazgo político de la acción pública (Loewenstein) poniendo bajo su inmediata dirección a la Administración Pública, que aparece como el aparato organizativo sustancial del Estado”.

³⁹³ S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho administrativo*, op. cit. pág. 89, dice que: “... constatar que la configuración que de la Administración pública sanciona la CE, responde muy fielmente al conocido planteamiento que le atribuye un carácter instrumental, fiduciario, típicamente servicial”. Artículo 3.3 de la LRJ-PAC, dice que: “Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrollará para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico”.

³⁹⁴ Sobre la Administración General del Estado, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson- Aranzadi, 2007, pág. 31, dice que: “La Administración General del Estado, regulada por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE), es el conjunto de órganos jerárquicamente ordenados, con personalidad jurídica distinta de la del conjunto, que integran la Administración Pública que dirige el Gobierno de la Nación (art. 97 CE), órganos que han de ser creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley (art. 103.2 CE)”.

c) Las entidades que integran la Administración Local.

2. La Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes³⁹⁶ de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

También se ha utilizado como criterio de delimitación del orden jurisdiccional contencioso – administrativo en al artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que señala que:

“Se entenderán a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas³⁹⁷.
- c) Las Entidades que integran la Administración local³⁹⁸.
- d) Las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales³⁹⁹.”.

³⁹⁵ F. BADÍA, *Teoría y realidad del Estado autonómico*, Revista de Política Comparada, número 3, 1981, pag. 64, dice sobre las Comunidades Autónomas que: “Las Comunidades Autónomas son entidades públicas territoriales dotadas de autonomía legislativa y de capacidad de autogobierno y, para el cumplimiento de sus fines, disponen de una Administración propia.”.

³⁹⁶ F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, op. cit, pág 43, dice que el doble término vinculadas o dependientes permite incluir a las Administraciones Independientes en el ámbito de la LRJ-PAC.”.

³⁹⁷ Las Comunidades Autónomas se rigen por sus respectivas Leyes de Gobierno y Administración.

³⁹⁸ Las Corporaciones Locales se rigen por la Ley 7/1985, de 2 de abril de Reguladora de las Bases de Régimen Local, sin perjuicio de las regulaciones especiales que se ha establecido para los Ayuntamientos de Madrid y de Barcelona. El régimen especial de Madrid es el contenido en la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de la Villa de Madrid y el de Barcelona en la Ley Especial de Barcelona, de julio y marzo de 2006, respectivamente.

³⁹⁹ Sobre la Administración Institucional, el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 4 de agosto de 1994, *Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, 1994, pag. 28, dice que: “...conviene, ante todo, señalar la variada tipología de los entes públicos no territoriales, constitutivos de la denominada Administración institucional, surge como consecuencia del proceso de descentralización funcional o descentralización por servicios, consistente en la creación por una Administración matriz, y con finalidad puramente instrumental, de un ente al que se le atribuye la gestión o prestación de un determinado servicio de titularidad de aquélla, lo que se justifica en la necesidad de dar respuesta, para la más adecuada prestación del servicio, a ciertas exigencias operativas, particularmente cuando se trate de servicio de contenido especializado que precisan de gestión técnica separada. Es, pues, la necesidad de conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios lo que determina la creación de tales entidades que, de esta forma, tienen circunscrita su competencia al servicio para cuya gestión fueron establecidos”.

En ambos casos, es clara la coincidencia, ya que se parte del concepto tradicional de la Administración Pública como organización personificada públicamente y a la que de forma directa se le encarga la gestión de los intereses generales, bien sea con el objetivo de la LRJ-PAC de establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo común y su sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas⁴⁰⁰; o de delimitar el ámbito jurisdiccional encargado de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración⁴⁰¹.

Pero la noción utilizada en la Ley de Contratos del Sector Público es más amplia. Es evidente la distinta finalidad, se trata de una noción de Administración Pública de carácter instrumental que persigue perfilar el régimen jurídico peculiar de aplicación a los contratos celebrados por la Administración –en sentido de la LCSP-. Así el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se hace en el artículo 3.2, que dice que:

“Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a)⁴⁰² y b)⁴⁰³ del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas⁴⁰⁴.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector de actividad⁴⁰⁵, y

⁴⁰⁰ Artículo 1 de la LRJ-PAC.

⁴⁰¹ Así lo señala el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

⁴⁰² El artículo 3.1.a de la Ley de Contratos del Sector Público, alude a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

⁴⁰³ El artículo 3.1.b de la Ley de Contratos del Sector Público, alude a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

⁴⁰⁴ F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, op. cit, pág 44, incluye a las Universidades Públicas dentro de las Administraciones institucionales independientes.

⁴⁰⁵ Este inciso alude a las denominadas Administraciones Independientes; las mismas son definidas por L. A. POMED SÁNCHEZ, *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes*, Revista de

-
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna⁴⁰⁶ de las características siguientes:

1ª. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2ª. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.”.

Como puede comprobarse en la enumeración y definición de la noción de Administración Pública aparecen realidades cuyo régimen no siempre ha estado sujeto a la disciplina común de la contratación administrativa y que lógicamente se dirige a frenar el fenómeno de la huida del derecho administrativo⁴⁰⁷. Pero también concurren motivos históricos, ya que se trata de englobar en el ámbito de aplicación de la Ley el universo de Administraciones que existe en el momento actual; o simplemente que la Ley pretende tener una finalidad didáctica enumerando todas las posibles personificaciones que pueden tener las Administraciones Públicas actualmente⁴⁰⁸.

Administración Pública, número 132, 1993, pág. 118, como: “...un conjunto de instancias administrativas que desarrollan sus funciones al margen de la línea jerárquica que estructura el edificio organizativo de las Administraciones públicas.”. Si bien es cierto que la Ley alude a la función de regulación de un determinado sector que tienen estas entidades, lo que nos hace hablar de un tipo cualificado de administraciones independientes que son los reguladores independientes.

⁴⁰⁶ La expresión “alguna” implica que las características que se señalan en este precepto no han de darse acumulativamente, sino que basta que se de una de ellas para que la entidad en cuestión quede sujeta a la regulación que la Ley reserva a las Administraciones Públicas.

⁴⁰⁷ Sobre la noción de huida del derecho administrativo podemos decir con S. DEL SAZ CORDERO, *La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones, Aplausos y críticas*, Revista de Administración Pública, número 133, 1994, pág. 57, define la huida del derecho administrativo como el fenómeno de privatización de la actividad de la Administración.

⁴⁰⁸ En este punto merece la pena recordar la tesis que venimos sosteniendo, a lo largo del trabajo, acerca de las enumeraciones exhaustivas utilizadas en los textos legales. Mantenemos que su uso es muestra de la preocupación del legislador por garantizar su conocimiento, siendo el mismo la base de su aplicación.

B) Poderes Adjudicadores. Segundo Círculo.

Una de las intenciones declaradas de la Ley de Contratos del Sector Público ha consistido en singularizar y diferenciar el ámbito de aplicación de las normas que derivan directamente del derecho comunitario⁴⁰⁹. Para ello uno de los mecanismos utilizados ha sido la introducción del concepto de poder adjudicador de procedencia comunitaria⁴¹⁰.

La LCSP recoge de esta forma la innovación – codificación introducida a partir de la Directiva de 2004⁴¹¹, que de esta forma, superaba la denominación de la anterior directiva de servicios al hablar de entidad adjudicadora⁴¹², mientras que las de suministros⁴¹³ y obras⁴¹⁴ utilizaban el término de poderes adjudicadores.

El concepto de poder adjudicador adquiere así una importancia trascendental en el ámbito de la contratación pública tanto nacional como comunitaria⁴¹⁵, ya que por medio de esta noción se define el ámbito y se garantiza la aplicación de la normativa comunitaria.

⁴⁰⁹ Así lo dice el apartado cuarto de la Exposición de Motivos. También J.A MORENO MOLINA en *El derecho de los contratos del Sector Público, La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, pág.76, dice acerca de los contratos sujetos a regulación armonizada: “En definitiva, si la principal razón de ser de la nueva categoría es clasificar los contratos a los que se aplican las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias, el concepto resulta fallido pues no permite en modo alguno la pretendida identificación.”.

⁴¹⁰ En este sentido ver el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, que usa la expresión poder adjudicador.

⁴¹¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁴¹² Artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, del Consejo, de Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Servicios.

⁴¹³ Artículo 1 de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, del Consejo, de Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos Públicos de Suministro.

⁴¹⁴ Artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, del Consejo, de Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras.

⁴¹⁵ A. TIZZANO, *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y de medio ambiente*, Estudios de Derecho Judicial NÚM. 113, Consejo General del Poder Judicial, 2006, antes de pasar al análisis del concepto de poder adjudicador nos recuerda cuales han sido los principales esfuerzos del

El origen comunitario del concepto justifica tomar como punto de partida su definición desde la perspectiva del derecho comunitario⁴¹⁶. Una vez realizado este análisis podrá comprobarse la fidelidad de la definición que de este concepto hace el legislador español en el derecho interno⁴¹⁷.

B.1) Concepto de poder adjudicador dado por la normativa comunitaria.

La normativa comunitario – europea define el concepto de poder adjudicador en del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE⁴¹⁸, que dice:

“Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado
de personalidad jurídica y
- c) cuya
actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes

legislador comunitario en materia de contratos, así dice que: “ Desde principios de los años setenta, la Comunidad Europea ha aplicado un programa de armonización de las legislaciones nacionales en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. De hecho, el legislador comunitario considera que estos procedimientos son una de las principales barreras, de carácter no arancelario, que pueden constituir un obstáculo para la creación del mercado común”.

⁴¹⁶ Con la expresión “derecho comunitario”, queremos aludir tanto a la Directiva 2004/18/CE, como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁴¹⁷ Actualmente el regulador comunitario es el actor principal, el protagonista que impulsa los cambios que se están produciendo en materia de contratos públicos. De esta realidad deben ser conscientes todos los operadores jurídicos, iniciando sus análisis sobre la materia desde el punto de vista de este ordenamiento. Toda interpretación que se haga de la normativa nacional, debe ser conducente a garantizar la aplicabilidad del derecho comunitario.

⁴¹⁸ Debemos tener en cuenta cual es la finalidad de la normativa comunitaria, esta es señalada por R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisprudencia española en materia de contratos administrativos: el poder adjudicador. Las garantías jurisdiccionales*, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 296, dice sobre esta finalidad que no es otra que reducir las barreras de la contratación pública, mediante una “aproximación legislativa”, con el fin de romper con el hábito de la compra nacional abriendo los sectores que comprende a la competencia.

territoriales u otros organismos de derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas”.

La enumeración de los poderes adjudicadores que hace el precepto transcrito no plantea problemas para el Estado, los entes territoriales⁴¹⁹ y las asociaciones de estos entes, que quedan claramente incluidos en el mismo.

Los principales problemas se planean entorno a la noción de organismo de derecho público, que ha de analizarse tomando en consideración no sólo la directiva comunitaria sino también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia⁴²⁰, también se ha resumido esta doctrina por los Tribunales españoles.⁴²¹

⁴¹⁹ JM GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación...*, op.cit. pág. 427, dice que: “Obviamente, no plantea problemas el supuesto de las Administraciones territoriales y de los organismos autónomos...”.

⁴²⁰ R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisprudencia española en materia...*, op. cit. pág. 308, dice que: “Dicha doctrina es acogida por la jurisprudencia del TJCE que ha señalado los siguientes requisitos o elementos integrantes de la noción de “poder adjudicador”: 1º) naturaleza de la actividad del ente, de interés general, que no tenga exclusivo carácter mercantil (SSTJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/96, Mannesmann y la STJCE de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96. ARA); 2º) personalidad jurídica, aunque para el Derecho europeo la forma jurídica adoptada no es criterio decisivo, ya que adopta un criterio funcional; y 3º) control- por vía financiera o por cualquier otro medio- de la Administración pública.”.

⁴²¹ La jurisprudencia, en esta materia, ha sido resumida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de enero de 2002, (rec. Cont. Adm. 3969/1996) Esta sentencia dice lo siguiente: “Nuestro derecho positivo de contratos debe ajustarse al concepto de poder adjudicador depurado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como consecuencia de nuestra pertenencia a dicha

La interpretación de este precepto lógicamente persigue garantizar la consecución de los objetivos perseguidos por la directiva comunitaria en materia de contratación pública, cómo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴²², evitando que la imaginación organizativa de los Estados miembros permita eludir su aplicación. Por ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido elaborando un serie de requisitos cuya concurrencia determina la existencia de un poder adjudicador cuando se trata de un “organismo de Derecho público”. Estos requisitos se exigen de una manera acumulativa⁴²³.

Un Organismo de derecho público es un poder adjudicador cuando: *a) Es creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*

Comunidad. De la doctrina del TJCE pueden sacarse las siguientes conclusiones sobre el concepto de poder adjudicador:

1. La condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. También es indiferente que una persona jurídica distinta, que forma parte del mismo grupo que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.
2. El concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas.
3. EL párrafo segundo de la letra b) del art. 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el legislador distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil.
4. El párrafo segundo de la letra b) del art. 1 de la directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de interpretarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades (...).
5. Los contratos celebrados por una empresa con forma jurídico privada, donde una Administración pública tenga una intervención directa en el nombramiento de sus gestores o de forma indirecta pueda incidir en la celebración de los contratos deberán ajustarse a las disposiciones en materia de contratos públicos según las directivas citadas.”.

⁴²² A. CUERVO, *La privatización de la empresa pública*, Ediciones Encuentro, 1997, pág. 8, dice que: “La diferenciación entre empresas públicas y privadas depende de la capacidad de control de las primeras por parte de las Administraciones Públicas y no de la forma jurídica o la actividad que desarrollan, ni de los supuestos fines u objetivos asignados.”.

⁴²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, Mannesmann, dice (en relación con las antiguas directivas, que tenían una redacción muy similar a la actual), que: “...De esta disposición se deduce que los tres requisitos allí enunciados tienen un carácter acumulativo”.

El organismo debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Para verificar si concurre este requisito debe atenderse a la naturaleza de la actividad, y no implica necesariamente que esté únicamente encargado de satisfacer estas necesidades⁴²⁴. El precepto hace una distinción entre necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, y necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil, el hecho de que un organismo actúe en situación de competencia en el mercado puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, pero no es un criterio determinante puesto que el precepto no excluye que las necesidades puedan ser satisfechas por empresas privadas⁴²⁵.

Este requisito plantea problemas interpretativos, así en alguna ocasión se ha dado prioridad a la nota de carácter industrial o mercantil de la actividad sobre al criterio de la actividad de interés general⁴²⁶, en contra de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴²⁷; ante este doble planteamiento y en base al criterio interpretativo que creo que se debe mantener (prevalencia del derecho comunitario)⁴²⁸, parece que la interpretación más adecuada en el caso de concurrir los dos requisitos⁴²⁹ es la dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, Mannesmann.

⁴²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, BFI Holding BV, ARA.

⁴²⁶ Así lo mantuvo el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de diciembre de 1995, cuando excluyó del ámbito de aplicación de la Ley al ICEX, al considerar que cumplía una actividad industrial o mercantil.

⁴²⁷ JM. GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación...*, op.cit. pág. 433, dice que: "... la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C44/96, Mannesmann) sostiene que si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese sometido a las reglas de la contratación pública".

⁴²⁸ El criterio consistiría en que toda interpretación debía ser conducente a garantizar la aplicación de la directiva comunitaria.

⁴²⁹ Los requisitos serían que se tratara de un organismo que hubiera sido creado para satisfacer necesidades de interés general, y que su actividad presente un carácter industrial o mercantil.

b) *Debe estar dotado de personalidad jurídica.*

Las forma jurídica de personificación pueden ser pública⁴³⁰ o privada⁴³¹. Si se hiciera una interpretación formal de este precepto nos conduciría a excluir del concepto de organismo público a todo ente que tuviera una forma privada de personificación⁴³². Por esa razón es necesario realizar una interpretación funcional del mismo⁴³³, como viene manteniendo el Tribunal de Justicia de la Unión⁴³⁴, con el fin de que, por medio de la misma se pueda garantizar la aplicación de la normativa comunitaria⁴³⁵, necesidad que también ha advertido nuestra mejor doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.)⁴³⁶.

⁴³⁰ Una forma pública de personificación sería mediante la creación de un organismo autónomo.

⁴³¹ Una forma privada de personificación podría ser la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

⁴³² J.A. MORENO MOLINA, se muestra partidario de esta interpretación material, en *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*, Mc Graw-Hill, 1996, pág. 337.

⁴³³ JM. GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación....*, op.cit. pág. 433, dice que: "... debe tener propia personalidad jurídica, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional, de la que resulta que la forma jurídica pública o privada, nos es indiferente a estos efectos".

⁴³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1998, asunto 31/87 Beentjes.

⁴³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003, asunto C 214/00, Comisión/España, dice que: " En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto....el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora....Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado....Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de "organismo de Derecho público" utilizando en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665".

⁴³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho administrativo.*, op. cit. pág. 404, dicen que: "Es evidente, por de pronto, que la Constitución impone a los "poderes públicos", deberes que ninguna norma puede excluir, y menos por el simple procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes."

Parece lógico debido al mundo en el que se mueve el derecho administrativo en la actualidad (cada vez más complejo), lo que tiene su reflejo en las formas de personificación de la Administración, ya que actualmente y con toda normalidad hay entes que se conforman bajo ropajes privados que persiguen con toda normalidad intereses públicos. Esa realidad no ha pasado desapercibida para el legislador comunitario que ha tratado de evitar esas distorsiones expandiendo su regulación mediante el ejercicio de la abstracción.

c) Su actividad debe estar mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien su gestión de hallarse sometida a un control por parte de estos mismos últimos, o bien su órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

Para una mejor comprensión de este último requisito realizaré un análisis de los tres supuestos contenidos en el mismo, si bien antes deben realizarse dos consideraciones preliminares: la primera, consistiría en señalar que estos requisitos se presentan de manera alternativa⁴³⁷ y no acumulativa; y la segunda, es que bajo los mismos se intuye que el espíritu que subyace a este requisito es que se demuestre un especial poder de dominación de la Administración sobre estos entes instrumentales⁴³⁸.

c.1) Actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros Organismos de derecho público.

⁴³⁷ Así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, asunto C- 373/00 Adolf Truley GmbH.

⁴³⁸ JM. GIMENO FELIÚ, *La necesaria interpretación subjetivo- funcional*, op. cit. pág. 436, dice con respecto a este último requisito que: “Debe estarse, por tanto, al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador.”. También puede consultarse J.A. MORENO MOLINA, se muestra partidario de esta interpretación material, en *Contratos públicos: derecho comunitario*, op. cit.

Sobre este requisito cabe hacerse dos preguntas: la primera, sería que ha de considerarse por financiación pública; y la segunda, que interpretación se debe dar al término “mayoritariamente”. Debe considerarse financiación pública, cualquier ayuda económica abonada sin contraprestación a la realización actividades o prestaciones por parte de la entidad de que se trate⁴³⁹, tal y como ha dicho el Tribunal de Justicia.

Sobre la interpretación del término “mayoritariamente”, el Tribunal de Justicia la ha interpretado dándole su significación habitual, diciendo que en el lenguaje corriente este término significa más de la mitad⁴⁴⁰.

c.2) Requisito del control.

El control que se ejerce sobre estos entes puede ejercitarse de una manera directa o incluso indirecta⁴⁴¹, la dependencia que genera este control debe ser equivalente a la que existe cuando concurre uno de los otros dos criterios alternativos⁴⁴².

⁴³⁹ Así lo dijo la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de noviembre de 2000, asunto C- 380/98, Univerity of Cambridge.

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de noviembre de 2000, asunto C- 380/98, Univerity of Cambridge.

⁴⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998, asunto C 35/96, Irish Forestry Board, dice que: “De las consideraciones anteriores se desprende que, si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extienda específicamente a la celebración de los contratos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de manera indirecta.”.

⁴⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, asunto C- 373/00, Adolf Truley GmbH, dice que: “... en cuanto al criterio relativo al control de la gestión, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos.”.

c.3) *órgano de administración, dirección o vigilancia compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros Organismos de derecho público.*

Este requisito no plantea ningún problema interpretativo, lo único que hay que señalar es que en el mismo subyace el espíritu que informa a los otros tres requisitos alternativos, que es que debe existir una vinculación especialmente intensa sobre el ente instrumental.

d) Planean una especial problemática sin embargo, a los efectos de la definición de ámbito de aplicación del derecho europeo de contratos públicos los denominados contratos “*in house*”, ya que los mismos escapan al ámbito de la Directiva Comunitaria de contratos.

En este caso, el poder adjudicador encomienda a uno de sus servicios la realización de prestaciones que tienen por objeto uno de los tres contratos típicos⁴⁴³, aquí no resulta de aplicación la normativa comunitaria, debido a que no existe una relación contractual⁴⁴⁴, sino una relación instrumental⁴⁴⁵.

Dentro de las operaciones “*in house*” se puede distinguir dos tipos:

⁴⁴³ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos...*, op. cit. pág. 114, los llama contratos *in house providing* o encomiendas de gestión, con el fin de resaltar su naturaleza jurídica diferente a la de los contratos públicos. y pág. 115, nos recuerda que: “En el meollo del problema se encuentra la creciente utilización de entes instrumentales por las respectivas Administraciones Públicas.”.

⁴⁴⁴ Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane KoKott, presentadas el 1 de marzo de 2005, asunto C-458/03.

⁴⁴⁵ I. PEREÑA PINEDO, *El control sobre los medios instrumentales de la Administración. Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*. Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia num. 7/2007, 2007, pág. 1.

Primero: Las *operaciones “in house” en sentido estricto*, que son los procedimientos por los que un organismo de derecho público adjudica un contrato a un servicio propio sin personalidad jurídica, este tipo de operación no plantea problemas jurídicos⁴⁴⁶. En este caso resulta claro que no se puede hablar de la existencia de una relación contractual, ya que el ente público, lo que hace es encomendar la ejecución de la prestación a su propia organización, haciendo uso de sus propios medios. No hay pues una relación entre dos personas jurídicas distintas, sino que se trata de una simple asignación de encargos en el seno de una organización compleja.

Segundo: Las *operaciones “in house” en sentido amplio*, también denominadas operaciones cuasi internas⁴⁴⁷ en las que el contrato se celebra por los poderes adjudicadores con sociedades controladas por ellos y dotadas de personalidad jurídica. Son estas operaciones las que plantean mayores problemas interpretativos. Con el fin de delimitar este tipo de operaciones y determinar la aplicación o no de la normativa comunitaria, en materia de contratación, el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia Teckal⁴⁴⁸ estableció dos criterios de delimitación cumulativos⁴⁴⁹, advirtiendo que la interpretación de los mismos debía ser restrictiva:

⁴⁴⁶ Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane KoKott, presentadas el 1 de marzo de 2005, asunto C-458/03, dice que las operaciones “in house” en sentido estricto carecen de relevancia en materia de contratos públicos.

⁴⁴⁷ Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane KoKott, presentadas el 1 de marzo de 2005, asunto C-458/03.

⁴⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal.

⁴⁴⁹ Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane KoKott, presentadas el 1 de marzo de 2005, asunto C-458/03.

1º) La entidad adjudicadora debe ejercer sobre su contraparte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios⁴⁵⁰ (primer criterio Teckal). *Criterio del control.*

Cuando en la contraparte se produce una participación, aunque sea minoritaria, de los particulares no se puede ejercer un control análogo la que se ejerce sobre sus propios servicios⁴⁵¹, así nos lo recuerda MEILÁN GIL, J.L.⁴⁵²; por otra parte, no es determinante el hecho de que en el capital de la entidad instrumental participen varios poderes públicos. El Tribunal ha entendido que se da este control cuando la entidad adjudicataria está sujeta a un régimen de encargos obligatorios y a unos precios tasados, fijados administrativamente, debido a que en este caso no existe autonomía de la voluntad en el ente encomendado y, a falta de consentimiento es forzoso negar la existencia de una relación contractual⁴⁵³. Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión, ha interpretado este criterio, en relación con una entidad creada por varias Administraciones Públicas, para prestarlas servicios. En

⁴⁵⁰ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos...*, op. cit. pág. 116, dice que: “La interpretación de esas dos notas ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objetivo, por tanto de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos.” y pág. 117, dice que: “El control que se ejerce ha de permitir que se influya sobre los objetivos y las decisiones importantes de la sociedad. No se ejerce tal control cuando los estatutos de ésta sociedad no reservan esa facultad al poder adjudicador, ni le atribuyen ningún derecho de voto especial que restrinja la libertad del consejo de administración, que dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente. El eventual control se debilita si ha de ejercerse a través de la intermediación de una sociedad holding.”.

⁴⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de enero de 2005, asunto C- 26/03, Standt Halle.

⁴⁵² J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos...*, op. cit. pág. 117, dice que: “En este sentido se ha negado la posibilidad de la adjudicación directa sin licitación pública cuando en el capital de la empresa adjudicataria – ente instrumental- participen una o varias empresas privadas con el ente adjudicador, aunque la participación sea minoritaria. De un lado, porque se estima que la entidad adjudicadora no puede ejercer un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, de otro, porque la inversión de capital privado “obedece a las características de los intereses privados” con objetivos distintos de los intereses públicos.”.

⁴⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) contra TRAGSA. En relación en los negocios celebrados por TRAGSA, la Ley de Contratos del Sector Público es clara diciendo, en su disposición adicional trigésima primera, que las relaciones con sus poderes adjudicadores “tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomienda de gestión.”.

este caso, el Tribunal entiende que este control análogo se da cuando cada Administración participa tanto en el capital, como en los órganos de decisión de la entidad en cuestión⁴⁵⁴.

2º) La contraparte desempeña su actividad en lo esencial para su o sus titulares públicos. Segundo criterio Teckal. *Criterio de la actividad*⁴⁵⁵.

Para comprender mejor este segundo criterio Teckal, hay que aplicar el criterio de la actividad efectiva de la empresa, criterio que permite ver si la vinculación es tan intensa que los contratos por ella suscritos pueden equipararse a operaciones internas⁴⁵⁶.

B.2) Concepto de poder adjudicador dado por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La noción de poder adjudicador ha sido importada por el TRLCSP de la normativa comunitaria, por ello se estima oportuno que en el análisis que se haga de la definición que

⁴⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C- 182/11 y C-183/11, dice que: “Cuando varias Administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquellas o cuando una Administración pública se adhiera a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el cual, para que tales Administraciones públicas queden dispensadas de su obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, se considerará cumplido cuando cada una de las Administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de decisión de la entidad en cuestión.”.

⁴⁵⁵ J.L MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos...*, op. cit. pág. 118, dice que: “En ese sentido han de considerarse todas las actividades que realiza en virtud de la adjudicación, no sólo el volumen de negocios realizado con el ente territorial, sino en ejecución de sus decisiones, con independencia de quién remunere la actividad, sea el poder adjudicador o los usuarios.”.

⁴⁵⁶ Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane KoKott, presentadas el 1 de marzo de 2005, asunto C-458/03, dice sobre este criterio que: “...permite saber si tal empresa actúa del mismo modo que otras en el mercado o bien si está tan intensamente vinculada a los poderes públicos que los contratos entre ella y la entidad adjudicadora pueden equipararse a operaciones internas...Así pues, la eventual realización de trabajos por encargo de terceros es irrelevante siempre que revista solamente una importancia secundaria.”.

de poder adjudicador hace la Ley de Contratos del Sector Público, en contraposición con lo dispuesto por la normativa comunitaria. Con esta contraposición se buscan dos objetivos: El primero, consistiría en comprobar si la Ley de Contratos del Sector Público se adapta o no a la normativa comunitaria; y el segundo, entender la noción que de poder adjudicador se maneja en nuestro país.

El análisis ha de arrancar de la lectura del artículo 3.3 del TRLCSP, que dice lo siguiente:

“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) La Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”.

La del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien respeta la normativa comunitaria, utiliza en algunos puntos que de la trasposición que del concepto se ha hecho una sistemática diferente, sistemática que se ajusta mejor a la realidad administrativa de nuestro país.

Considera en primer lugar, poder adjudicador a las Administraciones Públicas⁴⁵⁷. Analizada la enumeración de las Administraciones Públicas que hace la Ley desde la lente de la Directiva 2004/18/CE, vemos como incluye al Estado, a entes territoriales y a organismos

⁴⁵⁷ Por lo que tenemos que acudir al artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, ya comentado, con el fin de comprender que es Administración Pública para la Ley.

de derecho público. Sobre los organismos de derecho público se puede decir que al ser incluidos dentro de la noción de Administración Pública el legislador español ha comprobado que los mismos cumplen los requisitos que marca la Directiva 2004/18/CE⁴⁵⁸ para poder tener tal consideración⁴⁵⁹.

Acerca de la enumeración que hace la ley en la letra b), cabe resaltar que la misma se ajusta a los tres requisitos establecidos por el legislador comunitario para determinar que es un organismo de derecho público. Esta letra operaría como una cláusula abierta, de esta forma cualquier ente instrumental nuevo que pudiera crearse en los próximos años podría ser analizado haciendo uso de la misma, permitiendo el análisis determinar su condición de poder adjudicador.

Finalmente hay que aludir a la letra c) que hace referencia a las asociaciones constituidas, por los entes, organismos y entidades aludidas en las letras a) y b)⁴⁶⁰. La inclusión de las asociaciones no plantea problemas puesto que las mismas son mencionadas por la Directiva Comunitaria, considerándolas poderes adjudicadores.

C) Sector Público. Tercer círculo.

c.1) Origen del concepto de sector público.

El origen del concepto de sector público debe buscarse en el ámbito de la ciencia de la economía, se utiliza, en concreto, para aludir a la participación del Estado en la

⁴⁵⁸ Estos requisitos son los recogidos en las tres letras del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, ya analizados.

⁴⁵⁹ Podríamos decir que el legislador español, en la Ley de Contratos del Sector Público, ha aplicado un filtro a todos los entes públicos que existen en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico, valorando los que cumplen la condición de organismo público a los efectos del derecho comunitario, clasificándolos como tales evitando de esta forma que en el caso de esas entidades haya que realizar una labor interpretativa aplicando los principios sentados por la normativa comunitaria.

⁴⁶⁰ La posibilidad de que las entidades públicas constituyan asociaciones aparece amparada por el artículo 2.6 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones.

economía⁴⁶¹. ARIÑO, cuando alude al sector público se centra en las actividades de tipo económico que realiza el Estado, pero no dice los sujetos que lo integran⁴⁶². Por otro lado, ALBIÑANA al referirse al sector público no dice tampoco los sujetos que lo integran, sino que alude a sus funciones⁴⁶³, por lo que hace una delimitación funcional del mismo. Se puede decir que el concepto de sector público es una creación de la contabilidad nacional⁴⁶⁴, su delimitación subjetiva se debe a las diferentes Leyes Presupuestarias, que tienen por objeto regular el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control del sector público, se busca por lo tanto someter al sector público unos principios presupuestarios⁴⁶⁵, podríamos hablar pues de un sector público presupuestario⁴⁶⁶. La delimitación del sector público desde el punto de vista del derecho presupuestario debe tener en consideración tres ámbitos subjetivos que serían: El estatal, cuyo ámbito subjetivo es dibujado por el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria⁴⁶⁷, clasificándolo el artículo 3

⁴⁶¹ J. CAMPO PAMPLIEGA, *El sector público y la economía española*, Revista de Economía Política, número 30, 1962, pág. 96, dice que: “Pocas serán hoy día las personas que pongan en duda la conveniencia e incluso necesidad de la participación del Estado en el concierto económico nacional...”.

⁴⁶² G. ARIÑO ORTIZ, *La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*, Revista de Administración Pública, número 88, 1979, pág.56, dice: “Con mayor o menor amplitud existe en todos los países un llamado sector público, en el que se integra un variado aspecto de actividades económicas dirigidas y protagonizadas por el Estado”.

⁴⁶³ C. ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, *La ley general presupuestaria: un juicio global*, Revista de Economía Política, número 77, 1977, página 34, dice que: “ El sector público en los propios sistemas de mercado, ha de participar en la asignación óptima y en la utilización eficaz de los recursos económicos; ha de velar por la estabilidad económica al mismo tiempo el pleno empleo y el equilibrio con el exterior, y ha de forzar, en fin, el desarrollo económico sin desatender la justa distribución de las rentas personales.”.

⁴⁶⁴ C. ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA , *Los conceptos económicos en la constitución: El sector público estatal*, Revista de Economía Política, número 81, pág. 17, dice que: “.... Sabido es que el “Sector público” es una creación de la contabilidad nacional y que a él se atribuyen las actividades realizadas por el grupo político de cada país. En su virtud, se entiende formado por lo siguientes agregados macroeconómicos: Administraciones públicas, Empresas públicas e Instituciones financieras públicas...Además, los expresados subsectores- como nota el profesor Barea- no forman un solo sector económico, pues cada uno de ellos tiene comportamientos económicos distintos.”.

⁴⁶⁵ Ver artículo 1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁴⁶⁶ Se trataría de aquella delimitación que se hace del sector público, desde el punto de vista del derecho presupuestario, con el fin de garantizar la aplicación al mismo de las normas presupuestarias.

⁴⁶⁷ El artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, dice que: “1. A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal: a) La Administración General del Estado. b) Los Organismos dependientes de la Administración General del Estado. c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de las Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de

en tres tipos, que son el administrativo⁴⁶⁸, el empresarial⁴⁶⁹ y el fundacional⁴⁷⁰; en segundo lugar, el sector público autonómico, que guarda grandes similitudes con el sector público estatal⁴⁷¹, debiendo acudir para su delimitación subjetiva a sus respectivas leyes reguladoras

ella. d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social. e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas por la Ley de Fundaciones. g) Las entidades estatales de derecho público distintas de las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado. h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica a los que se refieren los artículo 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado. 2. Se regula por esta ley el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado. 3. Los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, formando parte del sector público estatal, regulándose su régimen económico-financiero por esta ley, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento. No obstante, su régimen de contabilidad y de control quedará sometido en todo caso a lo establecido en dichas normas, sin que les sea aplicable en dichas materias lo establecido en esta ley.”.

⁴⁶⁸ Artículo 3.1 de la Ley General Presupuestaria, dice que: “El sector público administrativo, integrado por: a) Los sujetos mencionados en los párrafos a), b) y d) del apartado 1 y en el apartado 3 del artículo anterior. b) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, que cumplan alguna de las características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro. 2.ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esa ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.”.

⁴⁶⁹ El artículo 3.2 de la Ley General Presupuestaria, dice que: “El sector público empresarial, integrado por: a) Las entidades públicas empresariales. b) Las sociedades mercantiles estatales. c) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior no incluidas en el sector público administrativo.”.

⁴⁷⁰ El artículo 3.3 de la Ley General Presupuestaria, dice que: “El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.”.

⁴⁷¹ *Informe de la Intervención General de la Administración General del Estado: Sector Público empresarial y fundacional, composición y estructura 2005*, Ministerio de Economía y Hacienda, pág. 3, dice que: “....No obstante, el sector público autonómico ha aumentado sus dimensiones a medida que el marco competencial se ha ido ampliando con el traspaso de funciones y servicios procedentes del Estado, y como consecuencia de ello se han incorporado al mismo una gran diversidad de entidades públicas, por lo que cada vez son más el número de Comunidades Autónomas que han seguido un planteamiento normativo similar al estatal.”.

de su hacienda⁴⁷²; y finalmente, con respecto a las Corporaciones Locales habrá que acudir al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Para concluir hay que recalcar que la delimitación del sector público presupuestario, en sus tres vertientes subjetivas: Estatal, autonómica y local, tiene como finalidad someter a este sector al control presupuestario que establece la normativa reguladora de cada uno de los mismos.

c.2) Trasposición del concepto sector público a otros sectores de la actividad de la Administración.

Antes de aludir a la forma en la que se ha configurado el sector público en el TLCSP, es interesante, para lograr una mayor profundidad en la comprensión de este concepto, reparar en el uso que se ha hecho del mismo en otros sectores de la actividad administrativa. Se trataría de analizar soluciones legislativas diversas que demuestran el carácter flexible del concepto Sector Público y evidencian de qué manera se hace, cada vez, con un espacio más amplio en los diferentes ámbitos de actuación de la Administración⁴⁷³.

Una de las normas que ha hecho uso de la noción de sector público para aplicarla a ámbitos distintos que el derecho presupuestario es la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público, esta Ley tiene por objeto la regulación

⁴⁷² Por ejemplo el sector público de Castilla-León aparece delimitado en la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Hacienda y Sector Público de Castilla-León, estableciendo en el artículo 2, la configuración del sector público autonómico, diciendo que: “ 1. A los efectos de esta Ley forman parte del sector público autonómico: a) La Administración General de la Comunidad. b). Los organismos autónomos y los entes públicos de derecho privado integrantes de la Administración Institucional de la Comunidad. c) Las empresas públicas de la Comunidad. d) Las fundaciones públicas de la Comunidad. e) Las universidades públicas. f) Los consorcios dotados de personalidad jurídica, a los que se refieren los artículos 6 de la Ley 30(1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, cuando la aportación económica en dinero, bienes o industria realizada por uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo suponga más del cincuenta por ciento o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar el consorcio en dicho porcentaje y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano de la Administración de la Comunidad. g) El resto de entes o instituciones públicas creadas por la Comunidad o dependientes de ella, no comprendidos en el apartado anterior, forman parte igualmente del sector público autonómico.”.

⁴⁷³ Se puede decir que es un término que está de moda en el derecho positivo español.

básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público⁴⁷⁴, definiéndose su ámbito subjetivo en su artículo 2⁴⁷⁵ de una manera más amplia a la que delimita el sector público la normativa presupuestaria, el motivo lo encontramos en la distinta finalidad perseguida por estas normas. Se puede comprobar que el concepto sector público se muestra como una noción polivalente, que admite diferentes radios de intensidad, en función de los fines específicos perseguidos por la norma que se trate.

También la noción de sector público es utilizada por la legislación autonómica para regular ámbitos distintos del derecho presupuestario, así podemos citar la Ley 3/2003, de 3 de marzo, del Sector Público de la Rioja, que tiene por objeto regular la organización del sector público de la comunidad⁴⁷⁶, teniendo un ámbito subjetivo más restringido que el que hemos visto hasta ahora⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Ver el artículo 1 de la Ley sobre Reutilización de la Información del Sector Público.

⁴⁷⁵ El artículo 2 de la Ley sobre Reutilización de la Información del Sector Público, dice que: “Se entiende por Administraciones y organismos del sector público a efectos de esta Ley: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. c) Los Organismos autónomos, las Agencias estatales y cualesquiera entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tenga atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. d) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualesquiera de las Administraciones Públicas: 1º Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. 2º Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros de los que más de la mitad sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público. e) Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el artículo 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local. f) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones. g) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”.

⁴⁷⁶ Ver el artículo 1 de la Ley.

⁴⁷⁷ El artículo 2 de la Ley alude al ámbito de aplicación, diciendo que: “Integran el sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja: a) La Administración General. b) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma para el desarrollo de su actividad. c) Otros entes instrumentales.”.

Puede comprobarse cómo el término sector público se muestra como un término polivalente debido a que se puede extrapolar distintos ámbitos de la actuación administrativa, y flexible, ya que en función del objetivo perseguido puede ampliarse o reducirse⁴⁷⁸.

Hasta el momento se ha asistido a un fenómeno consistente en el uso por parte del derecho administrativo de las instituciones y conceptos civiles, para adaptarlos a las necesidades que se le plantean a la Administración en su actuación, pero ahora, podemos comprobar un fenómeno diferente consistente en el uso de conceptos provenientes del Derecho financiero o más concretamente del Derecho presupuestario⁴⁷⁹, que se adaptan a las necesidades de la Administración. Por lo tanto si en sus orígenes el derecho administrativo necesita acudir a la normativa civil para buscar una regulación, ahora comprobamos como busca conceptos y figuras jurídico- públicas, para adaptarlas a sus necesidades⁴⁸⁰. Esta solución legislativa apuntada es una muestra de la autonomía y solidez que va adquiriendo el derecho público, que ya no tiene que acudir al auxilio de las figuras civiles, sino que es capaz de autoalimentarse.

c.3) Delimitación del sector público por la Ley de Contratos del Sector Público.

⁴⁷⁸ Estas dos características que presenta la noción sector público (polivalente y flexible) hacen que se trate de un concepto cuyos contornos no son claros, dependiendo los mismos del ámbito de la actuación administrativa que se pretenda regular.

⁴⁷⁹ J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen Jurídico del Gasto Público*, BOE, 5ª edición, 2009, pág. 38, dice que: “Tradicionalmente se ha concebido al Derecho financiero como el ordenamiento propio y singular de la Hacienda Pública. A su vez, dentro del Derecho financiero se diferenciado dos ramas: el Derecho tributario y el Derecho presupuestario, de las que en última instancia constituían objeto de estudio respectivamente las normas sobre los ingresos y las normas sobre el gasto público, es decir, las dos ramas de la actividad financiera.”.

⁴⁸⁰ El derecho presupuestario, constituye junto con el derecho tributario una de las ramas del derecho financiero. Así podemos decir que mientras uno (derecho tributario) se preocupa de la detracción de ingresos de las economías de los particulares, para su aplicación al gasto público; el segundo, se ocupa de regular la aplicación de esos ingresos (derecho presupuestario). No obstante debemos señalar que nos encontramos ante un derecho público, creado para regular la actividad económica del sector público, tratando de garantizar el control de los gastos públicos. Sobre la noción de Derecho Financiero, *Curso de derecho financiero y tributario*, J. MARTÍN QUERALT, y otros, Tecnos, 10ª edición, 1999, pág. 27, dicen que: “El profesor Sainz de Bujanda define el Derecho Tributario como la rama del Derecho público interno que organiza los recursos constitutivos de la Hacienda del Estado y de las restantes entidades públicas, territoriales e institucionales, y regula los procedimientos de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos que tales sujetos destinan al cumplimiento de sus fines.”

El término sector público⁴⁸¹, constituye un punto de referencia principal en la delimitación del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector.

c.3.1) *Derecho comunitario.*

La necesidad de recurrir al término Sector público tiene una de sus explicaciones en la compleja eficacia que tiene el derecho comunitario – europeo en esta materia. Para la contratación pública este derecho presenta dos niveles o intensidades diferentes en su aplicación, uno más intenso⁴⁸² y otro menos intenso⁴⁸³.

El nivel más intenso se caracteriza por estar compuesto de una regulación detallada de las formas de preparación y adjudicación de determinados tipos de contrato⁴⁸⁴. Este nivel intenso resulta de aplicación en función del tipo de contrato y de la cuantía del mismo.

Por lo que respecta al segundo nivel o nivel menos intenso, hay que decir que como ha destacado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los principios del Tratado han de respetarse cualquiera que sea el tipo de contrato que se adjudique, aunque no sea de los previstos en la Directiva de Contratos. Esta línea jurisprudencial⁴⁸⁵ se

⁴⁸¹ De esta forma la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, en su apartado IV, reconoce las influencias que ha recibido de la normativa presupuestaria, dice: “... esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria...”.

⁴⁸² Constituido por todo el corpus normativo regulador de los contratos públicos, con procedimientos detallados que tratan de garantizar que los contratos a partir de una cuantía reciban un tratamiento jurídico determinado.

⁴⁸³ Este segundo nivel deriva de la aplicación de los principios del tratado a todos los contratos que celebren los poderes adjudicadores, sin que existan procedimientos específicos para garantizar su aplicación.

⁴⁸⁴ El considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE, dice: “No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.”.

⁴⁸⁵ A modo de ejemplo podemos aludir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-264/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, dice: “... En efecto, pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren estén obligadas, no obstante a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad...”.

ha visto reflejada en el considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE⁴⁸⁶. Encontramos pues aquí el segundo nivel de aplicación del derecho comunitario (menos intenso).

c.3.3) Regulación que del sector público hace la Ley.

La ley ha optado por realizar una regulación extensa del sector público⁴⁸⁷, mediante esta regulación se consiguen tres objetivos relacionados con los temas anteriormente tratados, de la huida del derecho de la contratación pública y de los niveles de aplicación del derecho comunitario:

1º) Que los contratos que celebren los sujetos sometidos a la Directiva de Contratos, que sean típicos (según la Directiva), pero que por su cuantía no estén sometidos a la misma, queden sometidos al derecho de la contratación pública⁴⁸⁸.

2º) Que los contratos celebrados por los sujetos sometidos a la Directiva de Contratación, que no sean típicos, se sometan al derecho de la contratación pública.

3º) Que los contratos celebrados por los sujetos no sometidos a la Directiva se sometan al derecho de la contratación pública⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ El considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE, dice: “ La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”.

⁴⁸⁷ Así lo dice el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, que señala que: “A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios.”.

⁴⁸⁸ Evitándose de esta manera el fenómeno anteriormente descrito de la huida del derecho de la contratación pública, garantizándose la aplicación de los principios del tratado.

⁴⁸⁹ Evitándose el fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública.

Se puede decir, a modo de conclusión, que con esta medida (definición extensa del sector público) se garantiza la aplicación de los principios del Tratado y se intenta hacer frente al fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública.

A lo largo del trabajo, se podrá comprobar en qué medida la Ley logra los objetivos que pretende extendiendo el ámbito subjetivo de aplicación, las conclusiones a las que se llegan, en algunos casos serán ciertamente desalentadoras.

c.3.4) Delimitación normativa. Análisis del artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 3.1 de la Ley tiene el siguiente tenor literal:

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local⁴⁹⁰.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas⁴⁹¹, las Agencias Estatales⁴⁹² y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley,

⁴⁹⁰ El Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV, propuso en este apartado introducir una enmienda de modificación, la número 26, incluyendo a las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la justificación la encontraban en la necesidad de hacer referencia expresa a la Administración de las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos Vascos.

⁴⁹¹ La referencia expresa a las Universidades Públicas, constituye una novedad de la Ley de Contratos del Sector Público con respecto a la regulación anterior.

⁴⁹² Las Agencias Estatales se rigen por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, el artículo 2.1 de esta Ley las define como entidades de Derecho Público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias...”.

tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social las participación directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referenciadas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.⁴⁹³”.

Buena parte de los sujetos que aparecen en este artículo ya han sido analizados en otras partes del presente trabajo por lo que nuestra atención se centrará en a aquellos que no han sido objeto de estudio.

⁴⁹³ Esta letra esta prevista como una clausula residual o de cierre del sistema, así lo dice expresamente el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley, señalando: “ Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado- que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma-, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.”.

a) *Sociedades mercantiles a las que alude el artículo 3.2.d de la Ley*⁴⁹⁴.

La expresión sociedades mercantiles comprendería todas aquellas sociedades que se han constituido conforme a alguna de las formas previstas por el derecho mercantil (por ejemplo sociedad anónima o de responsabilidad limitada) siempre que en su capital social la participación de los entes previstos en las letras de la a) a la f) sea superior al 50 por ciento.

b) *Los consorcios a los que alude la letra e).*

La delimitación de este tipo de entidades no plantea ningún problema interpretativo. Debido a que el consorcio es una figura típica en el derecho administrativo español, utilizada con toda normalidad por todas las Administraciones públicas⁴⁹⁵, buena muestra de esto es que la LRJ-PAC establece el consorcio como mecanismo para la gestión de competencias concurrentes entre distintas administraciones⁴⁹⁶.

c) *Las fundaciones a las que alude la letra f).*

La fundación es una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general⁴⁹⁷. En cuanto a la delimitación que la Ley

⁴⁹⁴ Este precepto alude a: “d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento.”.

⁴⁹⁵ J.M.AYALA MUÑOZ y otros, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (3ª edición), 2007, pág. 100: “La figura del consorcio constituye un instrumento de colaboración o cooperación...”.

⁴⁹⁶ El artículo 6.5 de la LRJ-PAC, dice que: “Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil.”.

⁴⁹⁷ En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998, de 22 de marzo, que dice que: “... el concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas considera...la fundación como una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para conseguir el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman...ese es el concepto de

de Contratos del Sector Público hace de las fundaciones, cabe señalar que la misma se corresponde con el concepto que da el artículo 44 de la ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de las fundaciones del sector público estatal⁴⁹⁸, teniendo como única diferencia que el concepto dado por la Ley de Contratos afecta a las fundaciones creadas por el sector público de todas las Administraciones y no sólo del sector público estatal.

d) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Sobre esta letra se propuso por parte del Partido Popular, en una enmienda⁴⁹⁹ que se aludiera a su función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, la misma se fundamentaba en la colaboración que se establecía con la Seguridad Social⁵⁰⁰, la enmienda no fue aceptada. Creo que la enmienda presentada es coherente con la filosofía de la Ley consistente en evitar, en la medida de lo posible, la huida del derecho de la contratación pública, si bien es cierto que su aceptación habría supuesto expandir el sector público hacia ámbitos que igual no le son propios.

f) Entes con personalidad jurídica propia creados para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y en los que haya un control

fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.”.

⁴⁹⁸ El artículo 44 de la Ley de Fundaciones, dice que: “A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en la que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal. b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por la referidas entidades.”.

⁴⁹⁹ La enmienda era la número 43, presentada por le Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

⁵⁰⁰ La justificación de la enmienda la encontraba el Grupo Parlamentario Popular, en el Congreso, en que su inclusión lo es en función de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, estando en consonancia con el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria.

eminente por parte de un ente del sector público. (Las entidades mencionadas en la letra h)⁵⁰¹.).

Esta letra operaría como una cláusula de cierre que usa terminología comunitaria, en las mismas hay que advertir que se produce una importante diferencia con respecto a la noción que da el artículo 3.3.b de la Ley, del poder adjudicador. Esa diferencia es de carácter subjetivo porque mientras que el artículo 3.3.b alude a los entes creados por las Administraciones Públicas, el artículo 3.1.h amplía su ámbito aludiendo a los entes creados por el sector público. El motivo de esta ampliación resulta conocido, ya que sería garantizar la aplicación del derecho de la contratación pública.

Finalmente, cabe señalar que la delimitación del ámbito subjetivo de la Ley⁵⁰², tiene una importancia trascendental para determinar ante qué tipo de contrato nos encontramos en cada momento.

1.1. Delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

a) Introducción.

La determinación del tipo⁵⁰³ de contrato ante el que se encuentra el operador jurídico exige tomar en consideración, tanto el ámbito subjetivo, como el ámbito objetivo de aplicación de

⁵⁰¹ La redacción de esta letra se debe a la enmienda número 151, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, su presentación se debió a correcciones de estilo introducidas para clarificar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

⁵⁰² La expresión ámbito subjetivo, que utiliza el artículo 3 de la Ley, se debe a la enmienda número 41, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, se propuso con el fin de buscar una mayor sistemática de la norma.

⁵⁰³ Aquí tipo lo consideramos en el sentido que le confiere la segunda acepción del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto es como clase.

la Ley, pues el tipo de contrato dependerá de cuál sea el sujeto del Sector Público que lo celebre, de su objeto y cuantía.

Hay que recordar que la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha supuesto un cambio de enfoque con respecto a la regulación anterior, de esta forma si antes el sistema pivotaba sobre el concepto de contrato administrativo⁵⁰⁴, ahora pivota sobre el concepto de contrato del sector público⁵⁰⁵. Con el fin de explicar este cambio de rumbo que se ha producido en la regulación de la contratación pública, hay que hacer uso nuevamente de la técnica de las esferas concéntricas⁵⁰⁶, de esta forma a la hora de delimitar las esferas se debe advertir la existencia de tres esferas: Una primera esfera exterior, otra segunda o esfera intermedia, y por último la tercera esfera o esfera central.

Con respecto al instrumento argumental de las esferas concéntricas, me gustaría detenerme, si quiera brevemente para su mejor comprensión. Debo señalar que se trata de un recurso ya conocido y usado por nuestra mejor doctrina, siendo utilizado principalmente para explicar el entramado competencial cuando se interrelacionan entes diversos para la prestación de servicios, siendo unos de los primeros autores en hacer uso de este instrumento JORDANA DE POZAS, L y GARCÍA DE ENTERRÍA, E⁵⁰⁷. En esta caso se acude a este instrumento

⁵⁰⁴ Así lo reconoce expresamente el apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, que dice que: “ La normativa de contratos del sector público se ha construido, en este sistema, alrededor del contrato de la Administración Pública (ya sea ésta únicamente la Administración General del Estado, como en la Ley de 1965, o ya se entienda el concepto en un sentido más amplio, como comienza a apuntarse a partir de 1986 y se consagra de forma abierta a partir de 1995) y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública.”.

⁵⁰⁵ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 611, dice que: “... con sus distintas clasificaciones de los contratos del Sector público (nueva categoría, entorno a la cual gira la regulación de la contratación pública) a las que corresponden distintos niveles o grados de intensidad en la aplicación de la Ley, según sujetos, objeto y valor de los contratos...”.

⁵⁰⁶ Debe hacerse notar que la técnica de las esferas concéntricas ha sido utilizada por varios autores, con el fin de explicar relaciones complejas que se producen en el ordenamiento jurídico, uno de los primeros en hacer uso de esta sistemática expositiva fue, L. JORDANA DE POZAS, *El principio de unidad y sus consecuencias políticas y administrativas*, Revista de Estudios Políticos, núm. 4, 1941, es este caso el autor hace uso de esta técnica expositiva para explicar el sistema de distribución de competencias, en materia de servicios públicos.

⁵⁰⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La administración española. Estudios de ciencia administrativa*, 6ª edición, Civitas, 2000, pág. 132, dice que: “...Segunda regla en relación con la anterior, la de las tres esferas concéntricas, sobre la que ha llamado la atención mi maestro Jordana de Pozas en su estudio sobre El principio de unidad, y según el cual los grandes servicios de aplicación general tienden a distribuirse en tres esferas de competencia material correspondientes a las esferas territoriales: municipal, provincial y central;

al entender que facilita la argumentación y comprensión de una estructura compleja como la que la Ley plantea para acotar los distintos tipos de contratos, por ese motivo se propone la técnica de los círculos concéntricos, admitiendo que hay entes que tienen un mayor ámbito y por eso se les sitúa en la esfera exterior, otros que tienen un ámbito más restringido, lo que hace que se encuentren en la esfera intermedia, y finalmente otros que se sitúan en el centro o tercer círculo. Considero que es una técnica gráfica que hace más asequible la comprensión, y más sencilla la explicación de la nueva estructura legal.

b. Primera esfera (esfera exterior).

Esta primera esfera es la que se forma cuando contrata un ente del Sector público⁵⁰⁸, dentro de esta esfera distinguiríamos dos categorías de contratos:

b.1. Los tipificados en la Ley de Contratos del Sector Público que serían los de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el privado.

b.2. Los contratos no tipificados en la Ley de Contratos del Sector Público, que se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado⁵⁰⁹.

c. Segunda esfera (esfera intermedia).

Esta segunda esfera estará constituida por los contratos que suscriban los entes del Sector público que tengan la condición de Administración Pública⁵¹⁰, que pueden ser administrativos⁵¹¹, administrativos especiales⁵¹² y privados⁵¹³. Con respecto a los contratos

así, la enseñanza (primaria, media o secundaria, universitaria o superior), la beneficencia (domiciliaria, de establecimientos de asistencia temporal, de establecimientos de asistencia permanente o de incurables), los caminos (vecinales, provinciales, provinciales, carreteras nacionales), la sanidad, la justicia, las cárceles, etc.

⁵⁰⁸ Esto es cualquiera de los entes mencionados en el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁰⁹ Así lo dice el artículo 5.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵¹⁰ Estos son los entes mencionados en el artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵¹¹ Conforme al artículo 19.1.a de la Ley de Contratos del Sector Público, son contratos administrativos los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, siempre que los celebren una Administración Pública.

privados, dice el artículo 20.2 de la Ley de Contratos del Sector Público que se regirán en defecto de normas específicas por la Ley, pero como ha advertido el Consejo de Estado no todos los contratos tienen previstas reglas de preparación⁵¹⁴.

d. *Tercera esfera (esfera central).*

Esta última esfera estaría constituida por los contratos que están sujetos a regulación armonizada⁵¹⁵, que son los adjudicados por una entidad que tiene la condición de poder adjudicador y alcanzan cierta cuantía⁵¹⁶. Esta figura de los contratos sujetos a regulación armonizada⁵¹⁷ ha aparecido con el fin de clarificar los contratos que se encuentran sujetos a la normativa comunitaria, evitando de esta forma que se difuminen las fronteras que

⁵¹² De conformidad con el artículo 19.1.b de la Ley de Contratos del Sector Público, son contratos administrativos especiales, los que tienen un objeto distinto a los administrativos, se celebran por una Administración Pública, pero presentan una naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración Pública, siempre que no tengan atribuido el carácter de privados expresamente conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 de la Ley de Contratos del Sector Público o por declararlo así la Ley.

⁵¹³ Los contratos privados de la Administración Pública son los que aparecen delimitados en el artículo 20.1.1º que dice que: “Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.”.

⁵¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, dice que: “Y respecto a los contratos privados, como ya se dijo, no todos encuentran las reglas de aplicación a las que remite el artículo 20.2 del anteproyecto. Así, los contratos privados de los entes del sector público que no estén incluidos en los criterios del artículo 13.1 del anteproyecto no tienen previstas reglas de preparación, a pesar de lo que parece indicar el apartado 2 del artículo 20.”.

⁵¹⁵ Los contratos sujetos a regulación armonizada aparecen delimitados en los artículos 13 a 17 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵¹⁶ Los entes que tienen la condición de Poder Adjudicador son los que aparecen en el artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵¹⁷ El apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “Como medio para identificar el ámbito normativo supeditado a las prescripciones de las directivas comunitarias se ha acuñado la categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada”, que define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas. La positivación de esta categoría tiene por finalidad permitir la modulación de aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos estrictamente exigidos por ellas. Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.”.

separan lo comunitario y lo nacional⁵¹⁸. Constituyendo una de las novedades más salientes aportadas por la LCSP (ahora TRLCSP).

e. Consideraciones finales sobre las tres esferas.

Para terminar la exposición hay que recordar que las esferas dibujadas no constituyen compartimentos estancos, herméticos e impenetrables, que no se relacionan entre sí, nada más lejos de la realidad. Los tres círculos se relacionan existiendo una comunicación entre los mismos. A modo de ejemplo, podríamos decir que un contrato de servicios⁵¹⁹ suscrito por una Administración Pública, tiene la consideración de contrato del sector público⁵²⁰, que es administrativo⁵²¹, y si superara los 211.000 euros⁵²² es además un contrato sujeto a regulación armonizada; por lo tanto y a modo de recapitulación nos encontraríamos con un contrato del Sector público administrativo de servicios sujeto a regulación armonizada⁵²³.

2. Concepto de Contrato de Servicios. (ofrecido por el TRLCSP).

Para llegar al concepto actual de contrato de servicios ofrecido por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es necesario tomar en consideración sus antecedentes normativos más próximos, analizando la evolución que se ha producido en la regulación de esta modalidad contractual.

2.1. *La lógica desaparición del contrato de consultoría y asistencia.*

⁵¹⁸ Así lo dice el apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público: “Ello ha difuminado las fronteras entre lo comunitario y lo nacional en nuestras normas contractuales y, consiguientemente, ha enturbiado el análisis de las relaciones entre ambas esferas.”.

⁵¹⁹ Siempre que no se encuentre comprendido en las categorías 6 y 26 del Anexo II.

⁵²⁰ En esta calificación juega la primera esfera, debido a que las Administraciones Públicas, forman parte del Sector público (ver. artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público).

⁵²¹ Al ser un contrato tipificado por la Ley y suscrito por una Administración Pública es administrativo. Aquí jugaría el segundo círculo.

⁵²² No estando comprendidos en las categorías 5 y 8 del Anexo II de la Ley.

⁵²³ S. DEL SAZ, *La nueva ley...*, op. cit., pág. 347, dice que: “Y es que la LCSP ha optado por distinguir las exigencias derivadas del Derecho comunitario de aquellas que no lo son, y ha decidido aplicarlo sólo a aquellos casos en los que resulta estrictamente indispensable, esto es, sólo a los que denomina contratos sujetos a regulación armonizada, que son aquellos sometidos a las Directiva de contratación pública, la cual, a su vez, para determinar los contratos sujetos utiliza nuestra tradicional clasificación de los contratos administrativos típicos, a los que añade el requisito de la cuantía.”.

La modalidad contractual que ocupa nuestro análisis ha suscitado un escaso interés tanto a la doctrina⁵²⁴, como al legislador⁵²⁵.

Una de las novedades más salientes de la Ley de Contratos del Sector Público (2207), ahora Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (2011) ha consistido precisamente, en que las prestaciones del antiguo contrato de consultoría y asistencia se han visto subsumidas dentro del actual contrato de servicios, completándose de esta forma el proceso de simplificación vivido por esta modalidad contractual⁵²⁶, de acuerdo, por otro lado, con la terminología comunitaria. Como precedente más inmediato de esta decisión se puede citar el *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, que afirma que las diferencias existentes entre los contratos de servicios y los de consultoría y asistencia no debían impedir una denominación única⁵²⁷.

Los contratos de consultoría y asistencia se diferenciaban de los de servicios por el hecho de que se producía un predominio de las prestaciones de carácter intelectual así lo decía el propio TRLCAP⁵²⁸, y la doctrina que se ocupó de esta modalidad contractual con mayor

⁵²⁴ Únicamente existe una monografía dedicada en la actualidad al contrato de servicios, que es la elaborada por E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Los contratos de servicios del sector público, prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías, Civitas, 2009. .

⁵²⁵ Nada dice la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público acerca de esta nueva modalidad contractual, hecho que llama la atención si tenemos en cuenta que la Ley ha acabado con un contrato administrativo típico que era el de consultoría y asistencia o más propiamente dicho ha refundido sus prestaciones dentro del contrato de servicios.

⁵²⁶ Originariamente bajo el paraguas del actual contrato de servicios se abrigan tres tipos de contratos (contrato para trabajos concretos no habituales, contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios), tipos que han ido refundiéndose entre sí, hasta acabar todos fusionados en el contrato de servicios.

⁵²⁷ Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, Instituto de Estudios Fiscales, pág. 125 y sig. dice que: “Del contenido del artículo 196 del TRLCAP se colige que el legislador, por razones históricas, pero también lógicas, distinguió, a través de dos apartados diferentes, entre los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios, en base a que en que los primeros predomina el componente intelectual, en tanto que en los segundos prima el contenido material. Según esta diferenciación, serían contratos de servicios aquellos cuyas prestaciones no tendrían un contenido predominantemente intelectual. Parece evidente que ellos no debe impedir una denominación única.”.

⁵²⁸ El artículo 196.2.b.4ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dice refiriéndose a la hora de delimitar el

profundidad como GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.⁵²⁹ o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.⁵³⁰, así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁵³¹, si bien este criterio de distinción no era absoluto puesto que la realización de programas de ordenador a medida (actividad en la que prima el componente intelectual)⁵³² no tenía la consideración de contrato de consultoría y asistencia sino de servicios⁵³³. Por lo tanto la existencia de los contratos de consultoría y asistencia se fundamentaba en razones históricas⁵³⁴, si bien entre estos contratos y los de servicios no existían razones de fondo tan profundas que justificaran su consideración como un tipo independiente, máxime si se tiene en cuenta que era una categoría desconocida para el derecho comunitario⁵³⁵, y sin olvidar que el esfuerzo de la normativa comunitaria también ha sido conducente a la búsqueda de un lenguaje común

contrato de consultoría y asistencia: “Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que predominen las de carácter intelectual...”.

⁵²⁹ M.A. GONZALEZ IGLESIAS, *El contrato administrativo de consultoría...*, op. cit. pág. 14, dice que: “En consecuencia, este carácter intelectual de las prestaciones que configuran el objeto de los contratos administrativos de consultoría y asistencia, exigirá, de otra parte, una cualificación específica en los profesionales que se contratan por esta vía; cualificación que requerirá el estar en posesión de la correspondiente titulación académica que les habilite para la prestación de dichos servicios intelectuales y que no pueden ser satisfechos con los propios medios personales con que cuenta la administración”.

⁵³⁰ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría...*, op. cit. pág. 222, dice que: “Respecto a la nota de la actividad intelectual, si bien todo tipo de actividad tiene un componente material y otro intelectual, tradicionalmente se ha considerado que las prestaciones de servicios para las cuales era necesario contar con una formación técnica más importante son aquellas a las que cabe aplicar el calificativo de intelectuales, entre las que se comprenden la arquitectura y abogacía, ingeniería y similares. Esta clasificación proviene esencialmente del derecho italiano”.

⁵³¹ El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/01, de 9 de enero de 2002, alude a los criterios de distinción entre los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios, señalando como único criterio de distinción el predominio de las prestaciones de carácter intelectual.

⁵³² Este tipo de contratos se produce un claro predominio de las prestaciones de carácter intelectual, es más los profesionales que intervienen para la realización de los programas lo hacen un función de su titulación académica.

⁵³³ Así lo decía el artículo 196.3.d del TRLCAP.

⁵³⁴ Podemos recordar que el Decreto 1004/1974, de 4 de abril, aludía al contrato de asistencia.

⁵³⁵ M.A. GILBERT CERLERA; “*Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*”, Aranzadi, 2009, pág. 1300: “La Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios no contiene distinción conceptual entre los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, sino que todos se encuentran en su ámbito objetivo. Lo que sí contiene la Directiva son sendas relaciones de servicios en los anexos que tienen relevancia a la hora de establecer los requisitos del procedimiento de adjudicación de los arts. 8 y 9”.

que pudiera manejarse en todos los contratos públicos, del cual no pueden desentenderse las prestaciones propias de los contratos típicos⁵³⁶.

Por lo tanto la desaparición del contrato de consultoría y asistencia debe considerarse como acertada o por lo menos lógica⁵³⁷, puesto que no tiene sentido dado el estado actual de la normativa comunitaria, y debido también al hecho de que entre los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios existían más similitudes que diferencias. No obstante todo lo anterior, es criticable el hecho de que en la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público no se diga nada acerca de las razones que han impulsado al legislador a acabar con una categoría que tenía ya un gran arraigo dentro del ordenamiento jurídico español, y que contaba con una importancia cuantitativa dentro de la práctica administrativa habitual⁵³⁸.

2.2. Cambio de criterio en la definición del contrato de servicios.

La evolución de la figura del contrato de servicios no sólo ha supuesto la desaparición del contrato de consultoría y asistencia, sino que se ha producido un cambio de enfoque a la hora de definir este contrato.

⁵³⁶ Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de los contratos públicos, modificado por el Reglamento n° 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007.

⁵³⁷ Se puede decir que es el resultado de la lógica evolución de la normativa comunitaria. Decimos lógica porque la tendencia del legislador comunitario es a la unidad terminológica, siendo precisamente esta unificación de conceptos y de definiciones una de las principales garantías para el mejor desarrollo del mercado común.

⁵³⁸ Con respecto a la importancia que tenía esta modalidad contractual en números, cabe acudir a la *Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid*, del año 2001, Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, en la misma se recoge el dato de que por número de contratos los de consultoría y asistencia supusieron el 21,57% de los contratos adjudicados en 2001, siendo el segundo tipo de contrato más adjudicado tras el de servicios que representa el 28,76% de los contratos adjudicados. No obstante si tenemos en cuenta los importes de adjudicación del año 2001, vemos como los de gestión de servicios públicos representan el 70,78%, mientras que los de consultoría representan el 2,40%, siendo los penúltimos en importancia presupuestaria, estando por delante de los contratos administrativos especiales que son los últimos.

Como ya se ha señalado el TRLCAP optó a la hora de definir el contrato de servicios y el de consultoría y asistencia⁵³⁹ por hacer uso de una técnica marcadamente descriptiva⁵⁴⁰.

Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ha optado decididamente por abandonar esta técnica descriptiva y abordar la delimitación del contrato

⁵³⁹ La definición de estas modalidades contractuales, se encontraba en el artículo 196 del TRLCAP tenía el siguiente tenor literal: “1. Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios que celebre la Administración se registrarán por la presente Ley.

2. Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos⁵³⁹.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

1ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

2ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

3ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

4ª Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas.

3. Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos en instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas”.

⁵⁴⁰ J.A. MORENO MOLINA, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004, pág. 1063, dice que: “El artículo 196 del TRLCAP utiliza una técnica descriptiva y por vía de ejemplos”.

de servicios desde otro punto de vista, así el artículo 10 de la Ley lo define de la siguiente manera⁵⁴¹:

“Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II⁵⁴²”.

Lo primero que llama la atención, al contemplar esta definición que del contrato de servicios hace la Ley, es que se ha simplificado notablemente su delimitación definiéndose de una manera clara y sencilla, se abandona la técnica descriptiva, pero se continúa haciendo una delimitación del contrato a través de su objeto. En segundo lugar, a modo de cierre del sistema, dice que el contrato de servicios no puede ser ni un contrato de obra ni de suministro, con esas dos exclusiones, el legislador español se aproxima a la definición que del contrato de servicios hace la normativa comunitaria que también hace esa doble exclusión⁵⁴³. Finalmente, en esta nueva conceptualización que se hace del contrato de servicios se advierte una aproximación a la definición que de los contratos de civiles de obras y de

⁵⁴¹ Hay que señalar que la redacción del artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público responde a una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (enmienda núm. 158), motivada en por la necesidad de precisar la definición del contrato de servicios, en conexión con la delimitación del contrato de gestión de servicios públicos. El criterio del destinatario no es válido para distinguir inequívocamente ambas figuras. La redacción originaria era la siguiente: “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II.”.

⁵⁴² Sobre la remisión al anexo J.F. ALENZA GARCÍA, *Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 461 dice que: “Las definiciones de los contratos se apoyan en los Anexos, siguiendo la normativa comunitaria, lo que otorga una mayor certeza y seguridad jurídica.”.

⁵⁴³ El artículo 1.1 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.”.

servicios hace el Código Civil en su artículo 1544⁵⁴⁴, figuras que, en cierto modo, han sido las inspiradoras del actual contrato administrativo de servicios, por lo que parece lógica la citada aproximación conceptual.

Hay que valorar positivamente la definición del contrato de servicios que hace la nueva Ley, pues parece como si el legislador cuando introdujo la figura en el año 1995 dudara de si la misma sería acogida bien por los distintos operadores jurídicos, sobre si se llegaría a comprender el concepto y las prestaciones que abarcaba el contrato⁵⁴⁵, y por ese motivo optó por hacer una descripción de detalle de todas sus prestaciones. Ahora el legislador parece conforme con la aceptación que esta figura tiene, considera que es un tipo contractual que se encuentra asentado, y por ese motivo precisamente ha decidido optar por una definición menos didáctica, con un mayor rigor técnico- jurídico. La definición es clara y concisa, evitando la antiestética enumeración de prestaciones que hacía la Ley de 1995 y que se ha mantenido hasta la LCSP, se puede decir que la definición es una muestra de la madurez y solidez que esta figura ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico.

Es cierto que la definición traída por el legislador a la LCSP (ahora TRLCSP), no ha sido valorada con toda la efusividad que se hace en este trabajo, habiendo suscitado críticas en un sector de la doctrina especializado en este tipo contractual (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.⁵⁴⁶).

Siguiendo a esta última la crítica a la opción seguida por el legislador puede hacerse a partir de dos núcleos diferenciados, uno es el relativo a lo poco que aporta la definición a la hora

⁵⁴⁴ El artículo 1544 del Código Civil, dice que: “En el arrendamiento de obras o de servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”.

⁵⁴⁵ Los operadores jurídicos en la contratación pública, son las Administraciones, los tribunales de justicia, los licitadores, etc....

⁵⁴⁶ Nos referimos a E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, quien ha escrito dos libros sobre la materia una titulado el *Contrato de consultoría y asistencia*, ya citado en este trabajo; y otro, que lleva por nombre *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, que también ha sido citado. Creo que los dos trabajos citados avalan la afirmación que hemos realizado al considerarla como una especialista en el ámbito del objeto de nuestro análisis. pág. 113, dice que: “Es decir, realmente poco aporta esta definición, más que especificar que las prestaciones son de hacer no de entrega de bienes o productos, lo que les diferencia de las obras y suministros, y que pueden ser de resultado o de actividad...”.

de definir su objeto; y otro, por imprecisión también en la medida que qué no se ha incluido dentro de las exclusiones que hace el artículo 10 de la Ley otros contratos típicos distintos de la obra y los suministros⁵⁴⁷.

Con respecto al primer núcleo de la crítica (consistente en que la definición aporta poco), hay que indicar en contra de los que dice esta autora que el objetivo del legislador ha hecho ha sido realizar una labor de abstracción comprensiva de todas las prestaciones que pueden ser objeto de este contrato; acude así al núcleo, a la auténtica sustancia de las prestaciones del contrato de servicios, a lo que hay detrás de todo contrato de servicios que no es otra cosa que una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado⁵⁴⁸. Como ya se ha dicho esta definición se acerca a la que el Código civil hace de los contratos de obras y de servicios, por lo que acerca el contrato a sus raíces civiles, este acercamiento no debe ser contemplado con recelo ya que el legislador está buscando cobijo en la definición decimonónica del Código civil, definición que se ha mostrado para el ámbito civil estable, por lo que no resultaría descabellado pensar que se pudiera contagiar de esta estabilidad conceptual a un sector del ordenamiento jurídico tan necesitado de la misma como es el de la contratación pública.

Con respecto a la no inclusión de otros tipos contractuales, dentro de las exclusiones que hace el precepto, creo que la razón la encontramos en la voluntad del legislador nacional de aproximarse al concepto que de el contrato de servicios aporta el derecho comunitario, concepto que como bien sabemos utiliza una doble exclusión aludiendo a los contratos de obras y de suministro. Esta es la razón que encuentro para justificar la doble exclusión que hace el legislador nacional, entendiendo que resulta lógica la voluntad de buscar una aproximación al derecho comunitario regulador de la contratación pública, derecho que de una manera tan importante ha influido en nuestra normativa de contratos.

⁵⁴⁷ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los contratos de servicios...*, op. cit., pág. 113, dice que: "...Concluye esta definición por exclusión de las obras y suministros, sin mencionar la gestión de servicios públicos, la concesión de obra pública ni el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado."

⁵⁴⁸ Si analizamos toda la enumeración de prestaciones que hace el legislador, desde el año 1995, veríamos como todas pueden reconducirse a prestaciones de hacer consistentes en la realización de una actividad o en la consecución de un resultado.

Por lo tanto, y a pesar de las opiniones doctrinales desfavorables (ya comentadas) considero que la definición dada del contrato de servicios, por parte del legislador, debe ser valorada positivamente ya que la misma añade un mayor rigor técnico- jurídico a la existente en la legislación anterior, siendo de mérito que busque acercarse a lo dispuesto en el Código civil⁵⁴⁹ y en la legislación comunitaria⁵⁵⁰.

3. Tipos de contratos de servicios.

El juego de los distintos círculos concéntricos sirve para delimitar los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, que conducen a hablar de distintos tipos de contratos de servicios. Esta tipología dependerá del ente del sector público que celebre el contrato y de la cuantía que tenga.

3.1) *Contrato del Sector público administrativo de servicios.*

Este tipo de contrato estaría compuesto por todos aquellos contratos de servicios que celebren entes que tienen la consideración de Administración Pública⁵⁵¹. Es el que encuentran una regulación más acabada en la Ley, la misma responde a una tradición histórica a la hora de abordar la contratación pública que como se ha señalado en varias ocasiones giraba en torno a la figura del contrato administrativo, así la Ley dedica buena parte de su articulado a las distintas fases de ejecución de los contratos administrativos,

⁵⁴⁹ Creo que la aproximación a la noción civil del contrato de servicios y de obra, podría dotar de una mayor estabilidad al concepto. Debido que se podría contagiar de la estabilidad conceptual que proporciona esta definición decimonónica, que es comunmente aceptada y no se ha visto sometida a variaciones desde la aprobación del Código civil en el año 1.889. En ocasiones, puede ser bueno evitar una innovación excesiva, y confiar en conceptos que han jugado y siguen haciéndolo un gran papel en el ámbito del sector público.

⁵⁵⁰ Ya he señalado que la aproximación a la noción comunitaria del contrato de servicios debe aplaudirse, ya que es lógico que nuestro legislador busque aproximarse a las nociones comunitarias del contrato, ya que nos encontramos embarcados en un proceso de integración supranacional, el derecho comunitario regulador de la contratación pública lo que busca es crear un mercado comunitario de contratos, objetivo que se logrará mejor homogeneizando conceptos, siendo uno de esos conceptos a homogeneizar el del contrato de servicios.

⁵⁵¹ Así lo dice el artículo 19.1.a de la Ley de Contratos del Sector Público.

siendo por lo tanto este tipo el que encuentra en la Ley una regulación de mayor detalle. De esta manera, cuando una Administración Pública contrate una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado, distinta de una obra o un servicio tendrán la consideración de contrato administrativo de servicios, con una importante salvedad, ya que en aquellos casos en los que se contraten servicios de los previstos en la categoría 6⁵⁵² y 26⁵⁵³ del anexo II, el contrato no sería administrativo sino privado⁵⁵⁴. Las razones que impulsan al legislador a configurar estos contratos como privados son diversas, así podemos hablar desde la imposibilidad de considerar a los bancos como sujetos de un contrato regido por el derecho administrativo, hasta la problemática conceptual que plantean los contratos artísticos (FUERTES LÓPEZ, Mercedes)⁵⁵⁵. Esta medida de considerar estos contratos como privados que era mantenida ya por la legislación precedente⁵⁵⁶ fue objeto de críticas por parte del Consejo de Estado⁵⁵⁷, pero independientemente de estas críticas lo cierto es que la regulación que de estos contratos hace el legislador español es conforme al derecho comunitario. Recordemos que la razón la encontramos en que la preocupación del legislador comunitario se centra en la coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos⁵⁵⁸, sin entrar en el fondo

⁵⁵² La categoría 6 del Anexo II comprende servicios financieros: a) Servicio de seguros, b) Servicios bancarios y de inversiones.

⁵⁵³ Dentro de los de la categoría 26 del Anexo II, tendrán la consideración de contratos privados, los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los espectáculos comprendidos en esa categoría, la categoría 26 tiene el siguiente tenor literal: Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos.

⁵⁵⁴ Artículo 19.1.a in fine de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁵⁵ M. FUERTES LÓPEZ, *Los problemas de la delimitación...op. cit.*, dice que: "...no parece conveniente su calificación como administrativos porque las prerrogativas públicas de interpretar, modificar o resolver un contrato pierden sentido en estos trabajos donde el arte, la personal interpretación o la singular genialidad deben presidir el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integran su contenido. El criterio determinante es el del artista, el del escritor, el del intérprete, no desde luego el de la Administración. Por ello parecía un sinsentido extraer de la calificación legal de contrato administrativo típico la prevalencia de las prerrogativas de la Administración durante la ejecución y extinción del contrato."

⁵⁵⁶ Así lo disponía el artículo 5.2.a del TRLCAP.

⁵⁵⁷ El Consejo de Estado en su dictamen de 22 de diciembre de 1998, dice que: "Reconoce las indudables dificultades prácticas que se derivan de la aplicación a estos contratos del régimen general de las contratación administrativa. Pero este dato no es suficiente para excluir la aplicación de dicho régimen,...".

⁵⁵⁸ Ver el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004.

de la regulación del régimen jurídico de los mismos, además para lograr esa coordinación hace uso de un instrumento jurídico flexible que es la directiva⁵⁵⁹. Los motivos del uso de este instrumento jurídico y de la opción tomada por el legislador comunitario⁵⁶⁰ de no entrar en la regulación del régimen jurídico de los contratos públicos en profundidad son dobles, en primer lugar, no todos los países miembros reconocen la existencia de la figura del contrato administrativo⁵⁶¹; y en segundo lugar, una regulación de detalle no es necesaria para lograr los objetivos comunitarios⁵⁶².

Por ello respetando lo impuesto por la normativa comunitaria, el legislador español es libre, se trata pues de una cuestión de oportunidad legislativa⁵⁶³.

3.2) Contrato del Sector público privado de servicios.

Además de los contratos mencionados anteriormente, existe otro tipo de contratos de servicios que tienen la condición de contratos privados. En este caso, como en el anterior, la calificación como contrato privado de servicios viene determinada por un elemento objetivo que consistiría en que el objeto del contrato este comprendido en uno de los que describe el

⁵⁵⁹ Recordemos que conforme al artículo 249 del Tratado, la directiva impone una obligación de resultado, dejando en manos de los países miembros la manera de lograr ese resultado.

⁵⁶⁰ Hace uso de uno de los instrumentos jurídicos menos agresivos de los que dispone.

⁵⁶¹ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*., op. cit. pág. 389, dice: “No todos los ordenamientos jurídicos, nos referimos naturalmente a los de régimen administrativo, admiten la existencia de los contratos administrativos. Singularmente no lo hacen los ordenamientos alemán e italiano, y sólo admiten los de directa influencia francesa, entre ellos el español”.

⁵⁶² El objetivo comunitario consiste en la creación de un mercado común para los contratos públicos. Por medio de este mercado se aumentará la competitividad entre las entresas y, como consecuencia de ello la eficiencia en la asignación de los recursos públicos, ya que en un mercaso más competitivo las ofertas que recibirá la Administración serán más ventajosas desde todos los puntos de vista, no sólo el económico.

⁵⁶³ Esta idea ha sido recogida por la Exposición de Motivos de la Ley cuando alude a la categoría de contratos sujetos a una regulación armonizada, de esta forma dice en su apartado IV que: “Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.”.

artículo 10 del TRLCSP; y por otro subjetivo, que consistiría en que el contrato se celebre por un ente del sector público distinto de una Administración Pública⁵⁶⁴.

Con respecto a este tipo de contratos la Ley ha creado un fenómeno que podemos calificar de peculiar. Ese fenómeno implica una recalificación y nueva regulación para los contratos civiles de obras y de servicios.

Decimos que se ha producido una recalificación porque el contrato civil de obra, que se puede definir con DIEZ PICAZO Y GULLÓN como un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro a ejecutar una obra por un precio cierto⁵⁶⁵; y el contrato civil de servicios, que consiste según el profesor LA CRUZ en un contrato mediante el cual se constituye una obligación de prestar⁵⁶⁶, encajan perfectamente dentro del objeto del contrato de servicios privado del Sector público⁵⁶⁷, de esta forma se opera la recalificación comentada desapareciendo cuando se trate de un contrato de este tipo la figura del contrato de obra⁵⁶⁸, viéndose subsumida dentro del contrato de servicios regulado por la Ley.

El segundo fenómeno advertido, consistiría en que se ha producido una nueva regulación para los contratos civiles de obras y de servicios, pero más que de una nueva regulación se debería hablar de una regulación alternativa, concebida para los entes que forman parte del Sector público y que no tienen la consideración de Administración Pública. Así se encuentran dos regulaciones: una contenida en el Código Civil que jugaría como derecho supletorio de los contratos que estamos analizando⁵⁶⁹; y otra, que es la contenida en la Ley

⁵⁶⁴ Así lo dice el artículo 20.1.1º de la Ley de Contratos del Sector Público, que dice que: “Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.”.

⁵⁶⁵ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit. pág. 380.

⁵⁶⁶ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho...*, op. cit. pág. 202.

⁵⁶⁷ Este encuadre se comprueba si tenemos en cuenta que el contrato de obras consiste en una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado (obra), y el contrato de servicios consiste en una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad (servicio).

⁵⁶⁸ Cuando la prestación sea de hacer consistente en la consecución de un resultado, ahora con la LCSP, no se trata de un contrato civil de obra, sino de un contrato privado de servicios. Por lo que se opera una mutación del régimen jurídico civil, cuando el que concierne el contrato es un ente privado incluido dentro del Sector Público.

⁵⁶⁹ Así lo dice el artículo 20.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

de Contratos del Sector Público. Pero la situación se complica si se toma en consideración que la regulación que la Ley hace de los contratos civiles de servicios no es completa, sino que se centra en la preparación y adjudicación del contrato⁵⁷⁰, por lo que para las cuestiones referentes a sus efectos y extinción habrá que estar a lo dispuesto en el Código Civil. El problema se sitúa a la hora de conocer la regulación aplicable (En cuando a sus efectos y extinción) a los contratos de servicios que tengan por objeto una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado, en este caso la solución consistiría, debido a la identidad de razón que guarda con los contratos civiles de obras, en hacer una aplicación analógica de la regulación que el Código Civil dispone para los contratos de obras⁵⁷¹.

Como se habrá podido advertir este problema interpretativo vendría motivado por el primer fenómeno analizado, que es el de la recalificación del contrato.

3.3) Contratos sujetos a una regulación armonizada.

El juego de los distintos círculos concéntricos dibujados cuando se ha tratado de explicar el ámbito de aplicación de la Ley llega a su máxima intensidad de interacción con los contratos sujetos a regulación armonizada⁵⁷².

El contrato estará sujeto a una regulación armonizada cuando la entidad que contrate tenga la condición de poder adjudicador⁵⁷³, y su valor estimado sea igual o superior a determinadas cantidades. Dentro de los entes que tienen la condición de poder adjudicador hay Administraciones Públicas, en cuyo caso el contrato celebrado será administrativo; siendo para el resto de entes integrantes del Sector público el contrato privado.

Una vez finalizadas estas consideraciones para saber que contratos del Sector público de servicios están sujetos a una regulación armonizada, hay que acudir al artículo 16 de la Ley, que dice que:

⁵⁷⁰ Así lo dice el artículo 20.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁷¹ El fundamento de esta solución lo hayamos en el artículo 4.1 del Código Civil.

⁵⁷² Como ya ha quedado apuntado la Exposición Motivos de la Ley deja clara cual ha sido la finalidad buscada por el legislador al crear esta figura, que no es otra que, delimitar las normas que provienen del derecho comunitario.

⁵⁷³ Los entes que tienen esta condición son los mencionados en el artículo 3.3 de la Ley.

“1. Estarán sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

a) 137.000 euros⁵⁷⁴, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) de este artículo.

b) 211.000 euros⁵⁷⁵, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos de la Administración General del Estado sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II.

2. En el supuesto previsto en el artículo 76.7, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la compra de servicios iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de esas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por ciento del valor acumulado de la totalidad de los mismos.”.

En cuanto a los umbrales a partir de los cuales es necesaria la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea determinando la misma su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada, hay que decir que los mismos son diferentes en función de que se trate del Estado o del resto de entes territoriales. El motivo de esta diferencia es una reivindicación histórica que se viene haciendo en el seno del Comité de las Regiones de la Unión, en el sentido de que la publicidad comunitaria implica una carga

⁵⁷⁴ Este umbral se fijó por el Reglamento 2083/2005 de la Comisión de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales en materia de procedimientos de adjudicación de contratos, el umbral que establecía la Directiva 2004/18/CE, originariamente era el de 162.000 euros; el citado Reglamento se dicta en el uso de la competencia que el artículo 78 de la Directiva confiere a la Comisión para revisar los umbrales.

⁵⁷⁵ Este umbral se fijó por el Reglamento 2083/2005 de la Comisión de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales en materia de procedimientos de adjudicación de contratos, el umbral que establecía la Directiva 2004/18/CE, era de 249.000 euros; el citado Reglamento se dicta en el uso de la competencia que el artículo 78 de la Directiva confiere a la Comisión para revisar los umbrales.

burocrática que algunas entidades territoriales no pueden asumir, por ese motivo se interesa que se aumenten los umbrales para los entes regionales, reduciéndose la mencionada carga para determinados contratos que no presentan un interés transfronterizo claro en función de su cuantía⁵⁷⁶.

Por lo tanto, en la fijación de las cuantías a partir de las cuales es necesario dotar al contrato de una publicidad comunitaria, por parte de las instituciones comunitarias debe hacerse ponderando dos elementos cuales son: la capacidad de gestión o de asunción de cargas burocráticas, tanto del ente que ofrece el contrato como de los empresarios a los que va dirigido⁵⁷⁷; y el fomento de la creación de un mercado interior de contratos públicos libre y competitivo. Creo que este doble criterio de ponderación es una manifestación, en el ámbito de la contratación pública, del *principio de proporcionalidad* en el sentido que exige una ponderación de los distintos intereses en juego a la hora de establecer los umbrales de aplicación (que van acompañados de mayores cargas formales), téngase en cuenta que la finalidad del derecho comunitario es facilitar la concurrencia, dejando un margen de negocio en el mercado de la contratación pública a empresas medianas y pequeñas, que no pueden asumir todas las cargas formales que se les imponen cuando el contrato está armonizado.

4. Clasificación de los contratos de Servicios.

⁵⁷⁶ Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La evaluación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios” cdr 370/95, Diario Oficial C 126 de 29/04/1996, que dice que: “Un elemento importante en la aplicación de la Directiva es el valor umbral que da lugar al procedimiento de contrato público....El bajo umbral actual obliga a realizar licitaciones que no son interesantes para el mercado. Se este modo, se da el caso que, debido al nivel del umbral, entidades adjudicadoras muy pequeñas siguen teniendo que recurrir, pese a todo, a la Directiva regularmente. Esto sucede, sin duda, cuando deben sumarse los diferentes años de un contrato o cuando deben considerarse un todo los importes de entidades adjudicadoras que actúan en colaboración. La carga administrativa que supone estos procedimientos de adjudicación es demasiado elevada en comparación con los beneficios que se esperan obtener.”.

⁵⁷⁷ En este sentido el Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La evaluación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios” cdr 370/95, Diario Oficial C 126 de 29/04/1996, ha puesto de manifiesto que el exceso de cargas burocráticas que puede implicar un contrato sujeto publicidad comunitaria, puede provocar un efecto inverso al perseguido por la Directiva, en la que medida de que esas cargas pueden llegar a retraer a un pequeño- mediano empresario de presentar una oferta, motivado por las elevadas cargas que tiene que asumir.

Los criterios de clasificación de los contratos de servicios son diversos, en este trabajo se hace uso de tres: el primero, consistiría en tomar en consideración los contratos enumerados en el Anexo II del TRLCSP; en el segundo, se resucita la distinción de los contratos en función del hecho de que prime o no el componente intelectual de la prestación⁵⁷⁸; y el tercero, viene importado del derecho comunitario.

4.1) Servicios comprendidos en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público hace uso de un Anexo II⁵⁷⁹ para facilitar la aplicación de la misma⁵⁸⁰, en particular con el Anexo II se pretenden perfilar los contratos que se ven sujetos a la normativa comunitaria, siendo su origen en nuestro ordenamiento jurídico precisamente la influencia comunitaria. Sería posible dentro del Anexo II hacer una subclasificación que comprendería las categorías 1 a 16 (recogidos en el anexo II.A), por un lado; y por otro, las categorías de la 16 a la 27 (recogidos en el anexo II.B); los primeros tipos de contratos serían aquellos que están sometidos a la Directiva 2004/18/CE,⁵⁸¹ y los segundos los que no están sometidos a esa directiva.

No se debe olvidar que el contrato de servicios constituye una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado, diferente de una obra o de un suministro (así lo dice la LCSP), por lo tanto la clasificación de contratos que hace el Anexo II no agota la diversidad de categorías de contratos de servicios que pueden existir, circunstancia esta que es asumida tanto por el legislador nacional como

⁵⁷⁸ Decimos que resucitamos ese criterio, porque la normativa anterior aludía, como sabemos, a los contratos de consultoría y asistencia que se diferenciaban de los de servicios por el hecho de primar el componente intelectual de la prestación.

⁵⁷⁹ Al igual que hace el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁸⁰ El artículo 10, in fine de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: "...A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II".

⁵⁸¹ Ver el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE.

por el comunitario, al recoger la categoría 27⁵⁸², que lleva por rúbrica “Otros servicios”, lo que constituye en definitiva una cláusula abierta que permitiría que entraran por la misma todo tipo de servicios diversos⁵⁸³.

Una vez hechas las consideraciones preliminares acerca de la razón de ser del anexo II, se pasará al análisis de cada una de las diferentes categorías que se incluyen en el mismo.

Categoría 1: “Servicios de mantenimiento y reparación”: Este tipo de servicios no plantea ningún tipo de problema interpretativo, se trataría de una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad de carácter material. Este tipo de contratos se usan para realizar labores de mantenimiento y conservación de edificios públicos, o para mantener equipos informáticos en dependencias administrativas, se trata de un contrato cuyo objeto es relativamente frecuente en la Administración Pública (por ejemplo reparación de aire acondicionado en un edificio público). Analizando las distintas variedades de prestaciones que abarca este tipo contractual, se observa que la denominación con la que se califica la categoría se queda pobre, o incompleta, sobre todo teniendo en cuenta las prestaciones que abarca, que no sólo son operaciones de mantenimiento y de reparación, sino que también se incluyen servicios de instalación. Por ese motivo, la denominación más adecuada para esta categoría sería la siguiente: “Servicios de mantenimiento, reparación e instalación”, con la misma se abarcarían todas las prestaciones que se pueden contratar con cargo a esta categoría. Creo que la introducción de la anterior previsión estaría más acorde con la finalidad de la delimitación de las diferentes categorías contractuales, ya que todas las definiciones de las categorías tienen un carácter marcadamente descriptivo.

⁵⁸² Esta categoría la reconoce el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, y el Anexo II B de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁸³ Acerca de esta cláusula abierta la Memoria que acompaña al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “Para los contratos de servicios, caracterizados en la directiva por referencia a una lista de categorías (que ha sido trasladada al anexo II de la ley) ha sido necesario dar una definición, sin precedente en la LCAP ni en la propia directiva, que permita restringir el juego potencialmente ilimitado de la última de las categorías recogidas en el anexo (“otros”).

Una enumeración de este tipo de contratos la encontramos en el Reglamento 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente al CPV, la misma se integra a pie de página⁵⁸⁴.

Categorías 2⁵⁸⁵, 3⁵⁸⁶ y 4⁵⁸⁷: Estas categorías comprenden varios tipos de contratos cuya actividad consiste en el transporte, tanto por vía aérea como terrestre⁵⁸⁸. La sistemática aparente de estas tres categorías es la siguiente en la categoría 2, se incluyen servicios de transporte por vía terrestre, en la categoría 3 se incluyen los servicios de transporte aéreo, y en la categoría 4 los servicios de transporte de correo (tanto por carretera como aéreo). No obstante la delimitación presenta algunos rasgos asistemáticos, debido a que en la categoría 2 se incluyen determinadas prestaciones del servicio de correos.

Dentro de la categoría 2, el citado anexo incluye servicios diversos, que se integran a pie de página⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Servicios de reparación y mantenimiento, entre otros se encuentran los siguientes:

- Servicios de reparación, mantenimiento y servicios asociados de vehículos y equipo conexo
- Servicios de reparación y mantenimiento de vehículos de motor y equipo asociado
- Servicios de administración, reparación y mantenimiento de parque de vehículos
- Servicios de gestión de parque de vehículos
- Servicios de soporte de parque de vehículos
-

⁵⁸⁵ Categoría 2: “Servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo.”.

⁵⁸⁶ Categoría 3: “Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte de correo.”.

⁵⁸⁷ Categoría 4: “Transporte de correo por vía terrestre y por vía aérea”.

⁵⁸⁸ Excepto el transporte por ferrocarril, que se recoge en la categoría 18, y, el fluvial y marítimo que se recoge en la categoría 19.

⁵⁸⁹ Servicios de transporte (excluido el transporte de residuos), entre los que encontramos:

- Servicios de transporte por carretera
- Servicios de transporte por la vía pública
- Servicios de taxi

Dentro de la categoría 3 el Reglamento incluyen los servicios que se pasan a pie de página⁵⁹⁰.

En la categoría 4 el Reglamento incluye los servicios que se pasan a nota a pie de página⁵⁹¹.

Dentro de la categoría 5, se incluyen los siguientes servicios: Categoría 5: “Servicios de telecomunicación”: Por telecomunicación debemos entender un Sistema de comunicación telegráfica, telefónica o radiotelegráfica y demás análogos⁵⁹². Resulta nuevamente aclaratoria la enumeración que contiene el Reglamento (ver nota a pie⁵⁹³).

-
⁵⁹⁰ Servicios de transporte aéreo, algunos de los cuales son:

- Servicios de transporte aéreo regular
- Servicios de transporte aéreo no regular
- Alquiler de medios de transporte aéreo con tripulación
- Alquiler de aeronaves con tripulación

-
⁵⁹¹ Transporte de correspondencia por carretera, entre los que se encuentra:

- Servicios de transporte de paquetes
- Servicios de transporte de correo aéreo regular
- Servicios de transporte de correo aéreo no regular
- Servicios de telecomunicación

-
⁵⁹² Así define telecomunicación el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, en su vigésimo segunda edición.

⁵⁹³ Servicios de telecomunicaciones, algunos de los cuales son:

- Servicios telefónicos y de transmisión de datos
- Servicios de teléfonos públicos
- Servicios de telefonía local
- Servicios de telefonía de larga distancia
- Servicios de telefonía móvil

Categoría 6: “Servicios financieros: a) servicios de seguros⁵⁹⁴, b) servicios bancarios y de inversiones⁵⁹⁵.”. Sobre este tipo de servicios cabe recordar que cuando los mismos se concierten por una Administración Pública, no tendrán la naturaleza de administrativos, sino de privados⁵⁹⁶.

Llama la atención el hecho de que la Ley excepcione de la regla general de la calificación del contrato como administrativo a los servicios financieros y a los de seguros. En este caso, la presencia subjetiva de la Administración en la relación jurídica típica, no es suficiente para verla revestida de *imperium*, quebrando las potestades y prerrogativas públicas ante la presencia de un banco o de una compañía aseguradora. Nuestra mejor doctrina justifica la solución legislativa en la imposibilidad o inconveniencia de someter a las entidades bancarias a potestades administrativas⁵⁹⁷. Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, esta no es la solución que se ha tomado en Francia, en el país vecino la regla general es el carácter administrativo de todos los contratos dedicados a servicios

⁵⁹⁴ La importancia que tienen los seguros de responsabilidad en el ámbito de las Administraciones Públicas ha sido destacada por J.M BUSTO LAGO, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Aranzadi Civil núm. 22/2001, 2001, dice esta autor que la principal ventaja que presenta este el pago de las primas del seguro para la Administración, es que aunque el importe de la prima sea elevado es presupuestariamente previsible.

⁵⁹⁵ Dentro de estos servicios la Directiva comunitaria excluye los siguientes: Los servicios financieros relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos u otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por los bancos centrales. Quedan también excluidos los servicios consistentes en la adquisición de inmuebles o alquiler, con independencia de cuáles sean sus modalidades financieras, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles relacionados con los derechos sobre dichos bienes; no obstante, los servicios financieros prestados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva (copia textual de la Directiva 2004/18/CE, y de la LCSP).

⁵⁹⁶ Así lo dice el artículo 19.1.a de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁹⁷ FUERTES LÓPEZ, M., *Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las administraciones públicas*, Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, nº6, 2000, dice que: En consecuencia, la nueva regulación respeta, por un lado, la Directiva al sujetar su preparación y adjudicación a las normas contenidas en la Ley, esto es, con lo que se garantizan los principios de publicidad y concurrencia; pero, por otro lado, respeta la conciencia tradicional de considerar que estos contratos financieros se rigen por las clásicas reglas privadas, mercantiles, al no requerirse, en teoría, una especial protección del interés público y un despliegue de prerrogativas de la Administración.

financieros, con una serie de excepciones que afectan a determinados contratos que son calificados como privados.

La solución legislativa adoptada por el legislador español es criticable y supone una contradicción en sí misma con respecto a lo que supone la categoría de contrato administrativo. Si entendemos que el contrato administrativo tiene su origen, en la necesidad de dotar a la Administración de prerrogativas en determinadas relaciones jurídicas, con el fin de lograr una mejor tutela de los intereses públicos, no se encuentra justificación alguna a desposeerla cuando contrata un servicio de los incluidos en la categoría 6. La anterior dicotomía no parece ni adecuada, ni coherente con la opción que ha tomado el legislador español a favor de la categoría del contrato administrativo, ya que o bien los contratos se configuran como administrativos con todas sus consecuencias, o se califican como privados.

Dentro de este tipo de servicios el Reglamento comunitario incluye los servicios que se indican a pie de página⁵⁹⁸.

Categoría 7: “Servicios de Informática y servicios conexos”, estos tipos de servicios que ya tienen una gran importancia, previsiblemente están llamados a tener una mayor en el futuro debido al contexto en el que se mueven las Administraciones Públicas y el Sector Público en el momento actual, marcado por los continuos cambios y avances tecnológicos⁵⁹⁹. A

⁵⁹⁸ Servicios financieros y de seguros, se pueden citar los siguientes:

- Servicios bancarios y de inversión
- Servicios bancarios
- Servicios prestados por los bancos centrales
- Servicios de depósito de fondos

⁵⁹⁹ Como muestra de este contexto en el que se mueve la Administración Pública en el momento actual, podemos citar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos; la aplicación de esta Ley y las propias exigencias que impone a la Administración la sociedad actual harán que este tipo de contratos sean uno de los tipos de contratos estrella de los recogidos por la Ley de Contratos del Sector Público.

todo ello se debe añadir que para la LCSP⁶⁰⁰ la realización de programas de ordenador⁶⁰¹ a medida tiene la consideración de contrato de servicios. Dentro de la categoría 7 el Reglamento comunitario sitúa a los siguientes contratos (ver nota a pie⁶⁰²). Hay que destacar que dentro de esta categoría se incluyen los servicios informáticos de carácter marcadamente intelectual, reservando los que tienen un componente material para la categoría 1. (ya vista).

Categoría 8: “Servicios de investigación y desarrollo⁶⁰³”: Estos contratos se caracterizan por el carácter intelectual de sus prestaciones al igual que los recogidos en la categoría 7 anteriormente mencionada, al igual que los anteriores también están llamados a jugar un papel importante en el marco de la globalización⁶⁰⁴, ya que la investigación y el desarrollo son las piedras angulares sobre las que han de asentarse los intentos de ganar competitividad en los mercados internacionales por parte de nuestro país. La enumeración de los mismos se incluye como nota a pie⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Así lo dice el artículo 9.3.b de la LCSP.

⁶⁰¹ T. ROSEMBURJR, *El programa informático*, Revista Quincena fiscal Aranzadi núm. 21/2008, dice que: “El programa informático es un combinado de órdenes que le dice al ordenador lo que tiene que hacer. La expresión de un conjunto de instrucciones dadas a una máquina de tratamiento de información para cumplir una función o resultado particular.”.

⁶⁰² Mantenimiento y reparación de máquinas de oficina

- Mantenimiento y reparación de máquinas de contabilidad de oficina
- Mantenimiento y reparación de calculadoras y máquinas de contabilidad
- Mantenimiento y reparación de equipo informático
- Mantenimiento y reparación de ordenadores «mainframe»
- Mantenimiento de ordenadores «mainframe»

-

⁶⁰³ Tanto la Directiva /CE, como la LCSP exceptúan los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquéllos cuyos resultados corresponden al poder adjudicador para su uso exclusivo, siempre que éste remunere íntegramente la prestación del servicio.”.

⁶⁰⁴ R. RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons , op. cit. pág. 37, dice sobre la globalización que: “...sin detenerse en la globalización, palabra utilizada para describir un conjunto de fenómenos de distinta índole (tecnológica, económica, política, jurídica y cultural) cuya característica común sería la aproximación e interrelación de los países del planeta y la universalización de ciertas instituciones y formas de vida favorecidas por el auge del capitalismo o la economía de libre mercado...”.

⁶⁰⁵ Servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos

- Servicios de investigación y desarrollo experimental
- Servicios de investigación
- Servicios de laboratorio de investigación

Categoría número 9: “Servicios de contabilidad, auditoría y teneduría de libros”: Sobre este tipo de contrato MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. recuerda el carácter intelectual de este tipo de prestación⁶⁰⁶. Se relacionan a pie de página⁶⁰⁷.

Categoría 10: “Servicios de investigación de estudios y encuestas de opinión pública”: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María dice que en los primeros prima el componente intelectual, mientras que en los segundos prima su carácter material⁶⁰⁸. Dentro de la categoría 10 encontramos los servicios enumerados a pie de página⁶⁰⁹.

Categoría 11: “Servicios consultores de dirección y servicios conexos⁶¹⁰”: En estos contratos priman claramente las prestaciones de carácter intelectual⁶¹¹. Dentro de los mismos encontramos las prestaciones incluidas a pie de página⁶¹².

-
⁶⁰⁶ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato administrativo de...*, pág. 180, dice que: “Respecto a esta prestación esta claro su carácter de contrato de consultoría y asistencia debido al carácter intelectual y a la profesionalidad de los contratistas.”.

⁶⁰⁷ Servicios a empresas: legislación, mercadotecnia, asesoría, selección de personal, imprenta y Seguridad

- Servicios de contabilidad, de auditoría y fiscales
- Servicios de contabilidad y auditoría
- Servicios de contabilidad

-
⁶⁰⁸ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato administrativo de...*, pág. 181, dice que: “El primero de los supuestos es un contrato de consultoría y asistencia, mientras que el segundo es de servicios.”.

⁶⁰⁹ Servicios a empresas: legislación, mercadotecnia, asesoría, selección de personal, imprenta y Seguridad

- Investigación mercadotécnica y económica; sondeos y estadísticas
- Servicios de estudios de mercado
- Servicios de estudios

-
⁶¹⁰ Se excluyen por la Directiva /CE y por la LCSP los servicios de arbitraje y conciliación.

⁶¹¹ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato administrativo*, pág. 181, dice que: “No cabe duda aunque solo sea por su denominación que es un contrato de consultoría y asistencia.”.

⁶¹² Servicios de consultoría en investigación y desarrollo

- Servicios de consultoría en investigación

Categoría 12: “Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de minería; Servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajística. Servicios conexos de consultores de ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos”: En todos estos contratos se produce una clara primacía de las prestaciones que tienen un carácter intelectual, justificándose este carácter por el hecho que en la mayor parte de estas prestaciones los profesionales intervendrán en función de su titulación académica. El Reglamento comunitario incluye dentro de esta categoría a los contratos indicados a pie de página⁶¹³.

Categoría 13: “Servicios de publicidad”: En estos contratos prima el componente intelectual de la prestación. Dentro de esta categoría se incluyen los servicios indicados a pie de página⁶¹⁴.

Categoría 14: “Servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces”: Es estos contratos prima el componente material sobre el intelectual. Esta categoría llama la atención porque la misma es una muestra de lo variado y heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios, que lleva a encuadrar bajo la misma categoría a prestaciones de un marcado carácter material, con prestaciones claramente intelectuales. Así dentro de una misma categoría se incluyen prestaciones que nada tienen que ver unas con otras, resultando un nuevo ejemplo del carácter asistemático con el que se han ido construyendo las diferentes categorías.

-
- Servicios de consultoría en desarrollo

⁶¹³ Servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección, entre los que se encuentran:

- Servicios de arquitectura y servicios conexos
- de ingeniería mecánica y eléctrica

⁶¹⁴ Servicios de publicidad y de marketing, algunos de los cuales son:

- Servicios de publicidad
- Servicios de consultoría en publicidad
- Servicios de gestión publicitaria
- Servicios de campañas de publicidad
- Servicios de publicidad aérea
- Servicios de promoción

Conforme al Reglamento citado se incluyen en esta categoría los servicios indicados a pie de página⁶¹⁵.

Categoría 15: “Servicios editoriales y de imprenta, por tarifa o por contrato”: En los primeros prima el componente intelectual sobre el material, mientras que en los segundos prima el carácter material de la prestación. En todo caso se trata de dos tipos de prestaciones que se encuentran íntimamente unidas. Dentro de estos encontramos las siguientes prestaciones (ver nota a pie⁶¹⁶).

Categoría 16: “Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares”: En estos servicios prima el componente material. Incluyéndose dentro de los mismos las prestaciones, que se indican a pie de página⁶¹⁷.

Categoría 17: “Servicios de hostelería y restaurante”: Estos servicios se caracterizan por el carácter material de la prestación. Comprende las siguientes prestaciones (nota a pie⁶¹⁸).

Categoría 18: “Servicios de transporte por ferrocarril”: En estos servicios prima el componente material, como se puede comprobar con esta categoría se cierra la delimitación

⁶¹⁵ Servicios varios de agencias inmobiliarias a comisión o por contrato, algunos de los cuales son:

- Servicios de alquiler o venta de edificios
- Servicios de alquiler o venta de edificios residenciales
- Servicios de alquiler o venta de terrenos
-

⁶¹⁶ Servicios de impresión y servicios conexos, algunos de ellos son:

- Servicios de impresión
- Servicios de impresión digital
- Servicios de impresión de billetes de banco
-

⁶¹⁸ Servicios comerciales al por menor de hostelería y restauración, entre los que se encuentran:

- Servicios de hostelería
- Zonas de acampada y otros alojamientos no hoteleros
- Servicios de albergues juveniles
-

de los distintos tipos de servicios de transporte. Según él tantas veces mencionado Reglamento Comunitario comprende las prestaciones indicadas a pie de página ⁶¹⁹.

Categoría 19: “Servicios de transporte fluvial y marítimo”: Son prestaciones de carácter material. Comprende las prestaciones indicadas a pie de página ⁶²⁰.

Categoría 20: “Servicios de transporte complementarios”: Nos encontramos también con prestaciones de carácter material. En este tipo de servicio destaca el carácter accesorio o complementario de la prestación que se contrata, por lo que debe asociarse a una prestación principal. Dentro de esta categoría se integran las prestaciones que se indican a pie de página ⁶²¹.

Categoría 21: “Servicios jurídicos”: Prima el carácter intelectual de la prestación incluyendo el asesoramiento y la defensa en juicio. Con respecto a la categoría 21, relativa a la contratación de servicios jurídicos, merece una serie de reflexiones adicionales. En particular, la contratación de este tipo de servicios resulta especialmente de interés, para aquellas Administraciones públicas que cuentan con sus propios servicios jurídicos. A modo de ejemplo, para este trabajo analizaremos la casuística en el Estado, la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid. Dentro de la variada tipología de servicios jurídicos existente, considero que la problemática que suscitan se puede encuadrar en dos tipos:

⁶¹⁹ Servicios de transporte ferroviario

- Servicios de transporte público por ferrocarril
- Transporte de correspondencia por ferrocarril

⁶²⁰ Servicios de transporte por vías navegables, siendo alguno de ellos los siguientes:

- Servicios de transporte en transbordador
- Transporte de correspondencia por vías navegables
- Servicios de embarcaciones para tendido de cables
- Servicios de transporte complementarios y auxiliares

⁶²¹ Servicios de transporte complementarios y auxiliares; algunos de ellos son:

- Servicios de carga, descarga y almacenamiento
- Servicios de manipulación de la carga
- Servicios de carga y descarga de contenedores
- Servicios relacionados con la flora y fauna marina

A) Servicios jurídicos encomendados a abogados en ejercicio.

B) Servicios jurídicos encomendados a la Abogacía del Estado, por medio de convenio.

A) Servicios jurídicos encomendados abogados en ejercicio.

La reflexión debe partir del artículo 551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dice que:

“1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.”.

Administración General del Estado.

En el ámbito de la Administración General de Estado, el marco jurídico que rige las actuaciones del cuerpo de Abogados del Estado es la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. Dentro de las

labores que desarrolla este cuerpo de funcionarios deben distinguirse dos funciones, la contenciosa consistente en la representación y defensa en juicio; y la consultiva, consistente en el asesoramiento jurídico de la Administración.

En el caso de la función contenciosa, es posible, encomendar la defensa en juicio de la Administración del Estado, ante organizaciones internacionales a abogados en ejercicio, correspondiendo la decisión al Gobierno, oído el Abogado General del Estado- Director del Servicio Jurídico del Estado, esta posibilidad se contempla con carácter excepcional por el Real Decreto 997/2003.

Por ese motivo, en el ámbito de la Administración General del Estado, la única prestación, de entre todas las que puede ejecutar el Cuerpo de Abogados del Estado, que se puede encomendar a un abogado en ejercicio es la representación de la Administración ante organismos internacionales.

Comunidad de Madrid.

En el caso de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, hay que partir de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. En este caso el legislador regional, es más generoso con la externalización de los servicios jurídicos, permitiendo contratar tanto la representación y defensa en juicio (artículo 1.3.1º de la Ley), como el asesoramiento jurídico (artículo 1.3.2º de la Ley). No obstante esta mayor generosidad, se imponen en la gestión interna del contrato unas formalidades añadidas, consistentes en que las labores de representación debe acordarlas el Consejo de Gobierno, oído el Director General de los Servicios Jurídicos. En aquellos casos en los que se contrata el asesoramiento jurídico externo, el órgano proponente del mismo lo debe comunicar a la Dirección General de los Servicios Jurídicos para que informe en el plazo de 5 días.

Como vemos, la Ley Madrileña, introduce una serie de medias de racionalidad a la hora de contratar servicios jurídicos, imponiendo la obligación de consulta al centro directivo especializado en la materia (Dirección General de los Servicios Jurídicos) sobre el negocio

jurídico a celebrar (representación/ asesoría), así en el caso de tratarse de un servicio que puede prestarse por lo servicios jurídicos de la Administración se puede poner de manifiesto, con carácter previo a la celebración del contrato.

Ayuntamiento de Madrid.

En el caso del Ayuntamiento de Madrid, la Ley 22/2006, de 4 julio, de Capitalidad y Régimen Especial de la Villa de Madrid, regula en sus artículos 28 y siguientes la Asesoría Jurídica municipal, estableciendo en su artículo 28 la posibilidad de encomendar la defensa en juicio a un abogado en ejercicio. (artículo 28.3 de la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de la Villa de Madrid).

B) Servicios jurídicos encomendados a la Abogacía del Estado, por medio de convenio.

Tanto la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, como su Reglamento de Desarrollo, y las normas correspondientes autonómica o locales, establecen la posibilidad de firmar convenio con la Abogacía del Estado para la representación de estas entidades. Estos convenios, encuentran su origen en la normativa contractual precedente, así el artículo 3.1.c del Real Decreto Legislativo 2/2000 , de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluía dentro de los negocios jurídicos excluidos de la Ley a los Convenios entre Administraciones Públicas. De esta manera conforme a la normativa precedente era posible, que dos Administraciones concertaran por la vía del convenio prestaciones propias del contrato de servicios, sin seguir los procedimientos de licitación que al efecto establecía la Ley. Frente a la anterior práctica reaccionó la Ley de Contratos del Sector Público matizando la excepción, en el sentido de excluir del ámbito de la Ley los Convenios que no tuvieran por objeto prestaciones de un contrato típico (artículo 4.1.c LCSP). De esta manera, actualmente estos convenios de asistencia jurídica a firmar con la Abogacía del estado se ven, en cierto modo superados, cuando los mismos se conciertan

con una comunidad autónoma o con una corporación local. Ya que ahora, deben calificarse como contratos de servicios, y como tales deberían ser objeto de licitación.

Abarca los contratos que se indican a pie de página⁶²².

Categoría 22: “Servicios de colocación y suministro de personal⁶²³”: Se produce una primacía del carácter intelectual de la prestación. Dentro de esta categoría encontramos las prestaciones que se indican a pie de página⁶²⁴.

Categoría 23: “Servicios de investigación y seguridad, excepto servicios de furgones blindados”: Prima en los primeros el carácter intelectual de la prestación, mientras que en los segundos el carácter material. Este tipo de servicios son propios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, por lo que en el oportuno informe de necesidad a evacuar al elaborarse el contrato deberá valorarse la posibilidad de prestar el servicio con medios propios. Por otro lado, la contratación de furgones de seguridad queda dentro de la categoría 2, ya vista.

⁶²² Servicios jurídicos

- Servicios de asesoría y representación jurídicas
- Servicios de asesoría jurídica
- Servicios de representación jurídica
- Servicios de representación de las partes interesadas
- Servicios de consultoría en patentes y derechos de autor
- Servicios de consultoría en derechos de autor
- Servicios de consultoría en materia de derechos de autor de software
- Servicios de documentación y certificación jurídicas
- Servicios de documentación
- Servicios de certificación
- Servicios de certificación relacionados con la firma electrónica
- Servicios de asesoría e información jurídica
-

⁶²³ Tanto la Directiva /CE como la LCSP exceptúan los contratos de trabajo.

⁶²⁴ Servicios de contratación, algunos de ellos son:

- Servicios de colocación de personal
- Servicios de colocación de personal de apoyo para oficinas
- Servicios de reubicación de empleados
- domésticas
-

Comprende las siguientes prestaciones (ver nota a pie⁶²⁵).

Categoría 24: “Servicios de educación y formación profesional”: En estos prima el carácter intelectual de la prestación⁶²⁶. En esta categoría se incluyen las prestaciones que se indican a pie de página⁶²⁷.

Categoría 25: “Servicios sociales y de salud”: En este tipo de contratos puede primar el carácter material o intelectual de la prestación. Comprende las prestaciones que se indican a pie de página⁶²⁸.

Categoría 26: “Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos”:. Con respecto a esta categoría debe significarse que tienen la consideración de contratos privados los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los espectáculos. La calificación del contrato como privado debe ser objeto de una interpretación estricta, no pudiendo afectar a toda la variada tipología de prestaciones que pueden recaer bajo el objeto del contrato.

⁶²⁵ Servicios de investigación y seguridad, dentro de los que se encuentran:

- Servicios de seguridad
- Servicios de vigilancia de sistemas de alarma
- Servicios de guardias de seguridad
- Servicios de vigilancia
- Servicios de análisis de residuos

⁶²⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., *El contrato administrativo de ...*, op. cit. pág. 18, dice que: “Es un contrato de consultoría y asistencia.”.

⁶²⁷ Servicios de enseñanza y formación, algunos de los cuales son:

- Servicios de enseñanza primaria
- Servicios de enseñanza preescolar
- Servicios de enseñanza secundaria
- Servicios de enseñanza secundaria técnica y profesional
- Formación y simulación en materia de sistemas electrónicos militares
-

⁶²⁸ Servicios de búsqueda de trabajo, algunos de ellos:

- Servicios de salud y asistencia social
- Servicios de salud
- Servicios hospitalarios y servicios conexos
- Servicios de rehabilitación profesional
- Servicios sociales
-

En este caso, se reiteran las objeciones hechas sobre los contrato de la categoría 6, acerca de la calificación de este tipo como contrato privado⁶²⁹. También apuntar, como tendremos oportunidad de ver más adelante que este tipo contractual tiene la calificación de contrato administrativo en Francia.

Comprende los contratos, indicados a pie de página⁶³⁰.

Categoría 27: “Otros servicios⁶³¹”: Esta categoría contiene lo que antes se ha llamado *cláusula abierta*, que permite que se incluyan dentro del objeto del contrato otros servicios distintos de los recogidos en las 26 categorías anteriores. Para que entre en juego esta cláusula abierta deben concurrir dos premisas legales, la primera, es que la prestación que se pretenda contratar no se encuentre entre las enumeradas en las 26 primeras categorías de contratos del anexo II; y la segunda, viene motivada por una lectura sistemática de la TRLCSP, en concreto de su artículo 10, que establece que para que el contrato pueda ser calificado de servicios la prestación que se contrate tiene que ser de hacer, consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado, diferente de una obra o de un suministro. Por lo tanto, para que juegue la cláusula abierta es necesario que la prestación que se contrate sea de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado, diferente de una obra o de un suministro, y que no aparezca recogida en ninguna de las 26 primeras categorías del anexo II.

4.2) *Distinción en función de la primacía o no del componente intelectual de la prestación.*

Ya ha quedado apuntado que una de las posibilidades de clasificación de los contratos de servicios es en función de la primacía o no del componente intelectual de la prestación, se

⁶²⁹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Los problemas de la delimitación entre los contratos* op. cit.,. Puede consultarse a los efecto de encontrar justificaciones a la calificación de estos contratos como privados.

⁶³⁰ Servicios de gestión de bibliotecas, dentro los cuales encontramos, entre otros:

- Servicios de archivado
- Servicios de catalogación
- Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos
- Servicios de cine y vídeo
-

⁶³¹ Tanto la Directiva como la LCSP exceptúan los contratos para la compra, el desarrollo o la producción o coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión.

ha hecho uso en la letra anterior de este criterio al aludir a las distintas categorías del contrato recogidas en el anexo II. Pero es necesario detenernos brevemente en realizar una explicación de este criterio clasificatorio. Ha quedado señalado que en la normativa anterior existían dos tipos de contratos que englobaban prestaciones del actual contrato de servicios, que eran los de consultoría y asistencia en los que primaban las prestaciones de carácter intelectual; y los contratos de servicios, en los que se producía una primacía de las prestaciones de carácter material. La Ley de Contratos del Sector Público (ahora el Texto Refundido) optó por refundir estas dos categorías de contratos dentro del contrato de servicios, pero lo cierto es que esa clasificación todavía es susceptible de mantenerse, si bien es cierto que en el momento actual únicamente tendrá una finalidad didáctica. En cierto modo se puede decir que la Ley se resiste a abandonar esta clasificación, pues el artículo 301.2 TRLCSP hace referencia a los contratos en los que prime el componente intelectual a los efectos de la cesión de los derechos de la propiedad intelectual de los mismos⁶³².

El fin que se ha perseguido al aludir a esta posibilidad de clasificación de los contratos de servicios, no es crear dos especies de subcategorías artificiales dentro del contrato de servicios, sino que lo que se pretende es destacar que si se bucea en la sustancia de las prestaciones sobre las que recae el contrato de servicios, y se hace un ejercicio de abstracción veríamos como dentro de las mismas existen dos tipos de prestaciones claramente diferenciadas hacia las cuales se pueden reconducir todas las prestaciones, estos dos tipos serían los contratos en los que el servicio tiene un carácter material y los contratos en los que el servicio tiene un carácter intelectual⁶³³.

⁶³² El artículo 301.2.2 de la Ley, dice que: “Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por el derecho de la propiedad intelectual o industrial llevarán aparejados la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1.”.

⁶³³ Se advierte, por lo tanto, la existencia de un doble núcleo dentro del contrato de servicios, a saber, uno de carácter material, y otro de carácter intelectual.

4.3) Criterio de clasificación que ofrece la normativa comunitaria.

Los criterios utilizados por el derecho comunitario permiten establecer una clasificación de los distintos tipos de contratos de servicios, la misma se fundamenta, como veremos, en la dispar importancia que tienen las prestaciones de este tipo contractual para el regulador comunitario.

La directiva comunitaria hace una remisión normativa al anexo II⁶³⁴ de la misma a la hora de definir los contratos de servicios⁶³⁵.

El anexo II se encuentra subdividido en partes: el anexo II.A, y el anexo II.B. Examinando la directiva se puede comprobar que los contratos recogidos en el anexo II.A⁶³⁶ tienen una regulación más detallada que los contenidos en el anexo II.B⁶³⁷.

Por lo tanto y desde el punto de vista del legislador comunitario, dentro de los contratos de servicios encontramos unos tipos que suscitan un mayor interés que otros para el regulador comunitario, los que suscitan el mayor interés son los recogidos en el anexo II A, a los que se pueden llamar prioritarios⁶³⁸; y los que encuentran una regulación de mínimos que son los recogidos en el anexo II B, y que se pueden calificar como no prioritarios⁶³⁹.

⁶³⁴ Este Anexo II lo divide la directiva en anexo II.A y anexo II.B.

⁶³⁵ Artículo 1.1.d de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

⁶³⁶ El artículo 20 de la Directiva 2004/18..., dice que: “Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55.

⁶³⁷ El artículo 21 de la Directiva 2004/18..., dice que: “La adjudicación de contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II B sólo estará sujeta al artículo 23 al apartado 4 del artículo 35.”. Con respecto a estos contratos el regulador comunitario sólo se ha preocupado de establecer unas reglas mínimas que han de respetar los países miembros, sin establecer una regulación de más detalle. Es a nuestro juicio expresiva la terminología utilizada por la directiva comunitaria cuando hace uso de la expresión “sólo”, lo que transmite precisamente la idea de que lo que hace la directiva es establecer una regulación de mínimos.

⁶³⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C 454/06, dice que: “La Directiva 92/50 distingue, en sus artículos 8 a 10, entre servicios prioritarios y no prioritarios. Los primeros están definidos en el Anexo I A de la Directiva, y los segundos en el Anexo I B. La causa de esta distinción es que, habida cuenta de su naturaleza específica, los contratos relativos a servicios no prioritarios no presentan a priori un interés transfronterizo que pueda justificar que su adjudicación se produzca mediante un procedimiento de licitación.”.

⁶³⁹ La terminología a la hora de distinguir estos contratos desde la óptica del derecho comunitario ha sido tomada del trabajo de P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contrato de colaboración público- privada*, Revista de la Función Consultiva, núm.3, 2005, pág. 106.

Desde la óptica del derecho comunitario, su normativa proporciona otro criterio de clasificación que es el que se acaba de analizar. Este criterio tiene como fondo la importancia que a algunos tipos de contratos de servicios da el regulador comunitario⁶⁴⁰, y por ese motivo es acertado el criterio de clasificación que distingue entre prioritarios y no prioritarios.

El motivo de la división establecida, no es otro, que los contratos incluidos en el anexo II A, tienen un mayor interés transfronterizo que los incluidos en el otro anexo. Esto es aumentar las garantías procedimentales de los contratos incluidos en el primer anexo, dándoles una regulación más completa es estratégicamente más importante para la consolidación del mercado común, y para permitir la libre circulación de mercancías entre los distintos países miembros. Por lo que la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios, podría diferenciarse entre servicios que tienen un interés transfronterizo (prioritarios) y servicios que no tienen ese interés (no prioritarios).

Como ya ha quedado explicado más arriba, la futura regulación comunitaria reguladora de la materia⁶⁴¹, tiene previsto acabar con la doble distinción existente en la actualidad, ofreciendo una regulación comunitaria homogénea para todos los contratos de servicios. La futura regulación únicamente ofrecerá una especialidad con respecto a los contratos de servicios sociales, sanitarios y educativos, consistiendo la especialidad en la fijación de un umbral superior para estos contratos (500.000 euros), el umbral se fundamenta en la experiencia acumulada que demuestra que esos contratos presentan un interés transfronterizo a partir de ese importe.

⁶⁴⁰ J.M. BAÑÓ LEÓN, *La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Revista de Administración Pública, nº 151, 2000, pág. 12, dice que: “El propósito de las Directivas de contratación es bien conocido: lograr que las económicamente poderosos mercados públicos de obras, servicios y suministros se abrieran a la libre competencia de las empresas, de modo que se creara un verdadero mercado único. Por ello, las Directivas establecen un umbral objetivo cuantificando aquéllos contratos que se considera pueden ser de interés comunitario.”.

⁶⁴¹ En este sentido ver la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, de 20 de diciembre de 2011.

La evolución futura de la normativa comunitaria llevará a la desaparición de este criterio de distinción, ya que en el futuro todos los contratos de servicios, independientemente de su objeto, presentarán un interés transfronterizo.

5. Breve referencia al concepto de contrato de servicios aportado por la legislación foral Navarra. El denominado contrato de asistencia.

Es necesario hacer una breve referencia a la regulación de los contratos de servicios realizada por la normativa Navarra⁶⁴², esta referencia no sólo tiene como finalidad satisfacer la curiosidad, sino que se busca comparar las soluciones legislativas que a esta cuestión se han dado en Navarra, para contraponerlas con las soluciones ideadas por la Ley de Contratos del Sector Público⁶⁴³.

Navarra, en el uso de las competencias que le atribuye el artículo 49.1.d de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra tiene competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado⁶⁴⁴. En el uso de estas competencias que tiene atribuidas, Navarra ha dictado la Ley 6/2006, de 9 de

⁶⁴² J CRUZ ALLI ARANGUREN, *La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 43, este autor destaca la originalidad de la Ley Navarra que se ha elaborado sin referencia en la legislación estatal, siendo precisamente ésta de una de las claves de su originalidad.

⁶⁴³ Por lo tanto se pretende aportar una visión, desde la óptica del derecho comparado. La Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, ha sido recientemente reformada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero.

⁶⁴⁴ Así lo recuerda la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006, de 9 de julio de Contratos Públicos, en su apartado I.

junio, de Contratos Públicos, Ley que persigue fines diversos siendo uno de los mismos la adaptación de la legislación de contratos a la normativa europea⁶⁴⁵.

Pasando al análisis del contrato que ocupa el presente trabajo, lo primero que se debe advertir, es que en Navarra no se denomina contrato de servicios, sino que se ha optado por llamarlo contrato de asistencia, por dos razones principales según reza la Exposición de Motivos⁶⁴⁶ de la Ley Foral⁶⁴⁷: La primera, sería que remarca la idea de que las entidades sometidas a la Ley Foral (en especial las Administraciones Públicas) no desarrollan la actividad con sus propios medios, sino que acuden al mercado para completarlos; y el segundo motivo, es que se evita la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio del contratista interpuesto⁶⁴⁸.

El concepto de contrato de asistencia hay que buscarlo en el artículo 4.3.1º de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que dice que:

“Se entiende por contrato de asistencia aquél celebrado por una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o contratante, y distinto de los contratos de obras o de suministro, mediante el que se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la presente Ley Foral, bien al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general.”.

Del precepto transcrito, se pueden resaltar dos cuestiones:

La primera sería que la primera parte de la misma respeta, o mejor dicho, guarda un mimetismo asombroso con la definición que del contrato de servicios da el regulador comunitario; de esta forma mantiene los tres elementos definitorios que utiliza la Directiva

⁶⁴⁵ Los objetivos de la Ley Foral, son expuesto en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley, figurando como primer objetivo la adaptación de la normativa comunitaria.

⁶⁴⁶ Se agradece que el legislador Navarro, a diferencia que el nacional se ocupe en la exposición de motivos por explicar las razones que le impulsan a calificar el contrato de asistencia.

⁶⁴⁷ En este sentido ver el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Foral.

⁶⁴⁸ Aquí se está refiriendo al contrato que la Ley Foral califica de concesión de servicios (artículo 4.5 de la Ley Foral); contrato que es homologable al contrato de gestión de servicios públicos que regula la Ley de Contratos del Sector Público.

2004/18/CE, de 31 de marzo, que son el elemento negativo, la remisión al anexo II, y la referencia a los sujetos que celebran el contrato⁶⁴⁹.

En segundo lugar, el legislador foral termina realizando un esfuerzo por señalar quienes pueden ser los destinatarios de las prestaciones del contrato de asistencia. El motivo del mencionado esfuerzo, lo encontramos en el interés que tiene el legislador Foral, en dejar claro que los contratos de asistencia pueden tener destinatarios distintos que la Administración, solución, que como se verá, se ajusta mejor a la normativa comunitaria⁶⁵⁰ y sobre la que se volverá en otro momento.

En esta breve exposición de la normativa Foral, no me puedo olvidar que sólo serán contratos de asistencia los que celebren las entidades sometidas a la Ley Foral, por ello el artículo 2 de la Ley está dedicado a las personas y entidades sometidas a la misma⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ El artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, define el contrato de servicios diciendo que: “Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.”.

⁶⁵⁰ El apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, dice que: “Además, de acuerdo con la Directiva, el contrato de asistencia no sólo abarca los servicios prestados a la Administración- ámbito del contrato de asistencia en la Ley Foral 10/1998-, sino que también incluye toda prestación de servicios de las contempladas en el Anexo II en las que el destinatario del servicio sea un tercero o el público en general.”.

⁶⁵¹ El artículo 2 de la Ley dice que: “1. Quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley Foral: a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra. b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y la Administración asesora y consultiva de las Administraciones Públicas de Navarra. c) Las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local. d) La Universidad Pública de Navarra. e) Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores en los que concurren conjuntamente estos requisitos: Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil. Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia. f) Las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras d) c) y d) del artículo 3. 2. A los efectos exclusivos de la aplicación de esta Ley Foral se entiende por Administraciones Públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, sin que puedan afectar a su naturaleza institucional. 3. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley Foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público.”.

6. Breve análisis al concepto que de contrato de servicios ofrece la legislación francesa.

Si se quisiera buscar un ordenamiento jurídico con el que comparar nuestros contratos administrativos, con el fin de demostrar el ordenamiento jurídico de donde tomó nota el legislador español al configurar los contratos administrativos, este ordenamiento sería el francés, de esta forma algunos autores españoles al explicar una determinada figura contractual de nuestro país comienzan su exposición aludiendo al país vecino⁶⁵². En definitiva, este trabajo se encontraría incompleto si no se aludiera siquiera brevemente a la regulación que se hace en Francia del contrato de servicios, debido a que la regulación de este país en algún momento histórico determinado ha podido inspirar al legislador nacional.

Quisiera recordar, lo ya he expuesto anteriormente acerca de la influencia francesa sobre el derecho regulador de la contratación pública español. En ese sentido señalar que creo que constituye un error histórico grave buscar, en la actualidad, apoyo para la explicación de los contratos públicos en el derecho francés. Ahora el ordenamiento de referencia es el comunitario, auténtico motor de los cambios legislativos acaecidos en España en los últimos años. No tiene sentido acudir a la regulación francesa, cuando los cambios normativos en Francia y en España provienen de las directivas comunitarias reguladoras de la materia. Ahora el auténtico ordenamiento de referencia es el ordenamiento comunitario.

Para realizar ese análisis sucinto se tomará en consideración el Código de Contratos Públicos Francés⁶⁵³, aprobado por Decreto nº 2005- 1737, de 30 de diciembre de 2005⁶⁵⁴, en adelante CCP.

⁶⁵² E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit. pág.78, esta autora al analizar el antiguo contrato administrativo de consultoría y asistencia, nos recuerda que estos contratos fueron importados de Francia.

⁶⁵³ La traducción al castellano de este código que hemos manejado, ha sido la realizada por F. MODERNE, Catedrático de la Universidad de París I.

⁶⁵⁴ Publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 2005.

De la regulación que en Francia se hace del contrato de servicios, se puede destacar que se parte de una definición general del contrato público en el artículo 1.I del CCP⁶⁵⁵, para posteriormente concretar la definición de contrato público de servicios en el artículo 1.II, que dice que:

“Los contratos públicos de servicios tendrán por objeto la realización de prestaciones de servicios.”.

Continuando con el análisis del contrato público de servicios del país vecino, hay que decir que la misma permitiría hablar de variedades dentro del tipo contractual de contrato público de servicios, las mismas pivotarían en torno al tipo de prestación y a la cuantía de la misma, podemos distinguir las siguientes:

- Contratos de los incluidos en el listado del artículo 29 del CCP⁶⁵⁶, y que superan los umbrales del artículo 28.II del CCP⁶⁵⁷.
- Contratos incluidos en el listado del artículo 29 del CCP, y que no superan los umbrales del artículo 28.II del CCP. En estos contratos estarán sujetos al procedimiento

⁶⁵⁵ El artículo 1.I el CCP, dice que: “ Los contratos públicos son los contratos suscritos a título oneroso con entidades públicas o privadas por las personas jurídicas de derecho público mencionadas en el artículo 2, para responder a sus necesidades en materia de obras, suministro o servicios.”.

⁶⁵⁶ El artículo 29 del CCP, dice que: “ Los contratos públicos que tengan por objeto prestaciones de: 1. Servicios de mantenimiento y reparación; 2. Servicios de transportes terrestres, incluidos los servicios de vehículos blindados y los servicios de correo; 3. Servicios de transportes aéreos: transportes de viajeros y mercancías; 4. Servicios de transporte de correo tanto terrestres como aéreos; 5. Servicios de comunicaciones; 6. Servicios financieros: servicios de seguros, servicios bancarios y de inversión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5º del artículo 3 del presente Código; 7. Servicios informáticos y servicios afines; 8. Servicios de investigación y desarrollo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6º del artículo 3 del presente Código; 9. Servicios contables y de auditoría; 10. Servicios de estudios de mercado y encuestas; 11. Servicios de asesoría en gestión y servicios afines; 12. Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de ordenación urbana y de arquitectura paisajística; servicios afines a consultas científicas y técnicas; servicios de pruebas y análisis técnicos; 13. Servicios de publicidad; 14. Servicios de limpieza de edificios y servicios de gestión de propiedades; 15. Servicios de publicidad y de impresión; 16. Servicios de viabilidad y de gestión de residuos, servicios de saneamiento y servicios análogos, todos ellos estarán sujetos en cuanto a su adjudicación, a las normas establecidas en el presente título.”.

⁶⁵⁷ El artículo 28.II del CCP, dice que: “En cuanto a los contratos de suministros y servicios, los umbrales por debajo de los cuales será posible el procedimiento adaptado son de 150.000 euros (IVA no incluido) para el Estado y de los 230.000 euros (IVA no incluido) para las entidades territoriales.”.

adaptado de adjudicación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 28.II y 28.I del CCP⁶⁵⁸.

- Finalmente, los contratos públicos de servicios cuyas prestaciones son distintas a las del artículo 29 del CCP, están sometidos a unas reglas especiales, conforme a lo establecido en el artículo 30 del CCP⁶⁵⁹.

También se advierte una cierta individualización del contrato de servicios que tiene por objeto la dirección de obras, para el que el código reserva unas reglas especiales de adjudicación⁶⁶⁰.

Con respecto a las diferencias que encontramos con la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público, se pueden destacar las siguientes:

- Primera, los contratos de servicios financieros tienen la consideración de contratos públicos⁶⁶¹, con excepción de los comprendidos en el artículo 3.5º del CCP⁶⁶², mientras que en España estos contratos tienen la consideración de contratos privados⁶⁶³.

⁶⁵⁸ El artículo 28.I del CCP, dice que: “Los contratos adjudicados por el procedimiento adaptado serán contratos adjudicados según unas modalidades de publicidad y de convocatoria de ofertas determinadas por la persona responsable del contrato en función de su objeto y de sus características.”.

⁶⁵⁹ El artículo 30 del CCP, dice que: “Sea cual fuere su importe, los contratos públicos de servicios que tengan por objeto prestaciones de servicios que no figuren en el artículo 29 estarán únicamente sujetos, para su adjudicación, a las obligaciones relativas a la definición de las prestaciones por referencia a normas, cuando las haya así como al envío de un anuncio de adjudicación cuando su importe alcance los 230.000 euros (IVA no incluido).

Esos contratos estarán sujetos a las normas previstas por el título I, los capítulos II y II del título II, el presente artículo y los títulos IV al VI.

Los contratos que tengan por objeto la representación de una entidad pública, con vistas a la solución de un litigio, se someterán a lo dispuesto en el título I, en los capítulos I y II del título II y en el presente artículo.”.

⁶⁶⁰ Las reglas especiales para el contrato de dirección de obras, referidas a la adjudicación se contienen en el artículo 74 del CCP.

⁶⁶¹ Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 29.6 del CCP.

⁶⁶² El artículo 3.5º del CCP, dice que: “Lo dispuesto en este código no será aplicable: 5º. A los contratos que tengan por objeto los préstamos o los compromisos financieros, que estén destinados a la cobertura de una necesidad de financiación o de tesorería, de servicios relativos a la emisión, a la compra, a la venta o a la transferencia de títulos e instrumentos financieros, o incluso de los servicios prestados por los bancos estatales.”.

-
- Segunda, en Francia a diferencia que en España, los contratos previstos en la categoría 26 del Anexo II, que son los que tienen por objeto la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos⁶⁶⁴, tienen la consideración de contratos públicos⁶⁶⁵.
 - Tercera, en Francia no se utiliza la técnica de la remisión al anexo II de la Ley⁶⁶⁶ que a su vez es copia del anexo II de la directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.
 - Finalmente, en el país vecino se recogen en el artículo 29 únicamente las prestaciones del Anexo II A de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, esto es las que comprenden las categorías 1 a la 16. Esta solución que utiliza la regulación francesa no choca en ningún caso con lo dispuesto en la normativa comunitaria, ya que las prestaciones contenidas en ese anexo son las que han de tomarse en consideración a la hora de fijar los umbrales comunitarios⁶⁶⁷.

II. Diferenciación del contrato de servicios con otros tipos contractuales con los que guarda similitudes.

Mediante el contrato de servicios el Sector Público satisface necesidades de lo más diverso, siendo una de las principales características del contrato la heterogeneidad de las prestaciones que comprende.

La heterogeneidad de las prestaciones del contrato hace que el tipo fluctúe, en ocasiones, de un lado o de otro, haciendo que el mismo se asemeje a otros tipos contractuales, siendo necesario que se dibujen las diferencias que este contrato tiene con otros a los que en algún momento se puede aproximar. También razones históricas fundamentan este esfuerzo, ya que, como se ha podido ver, en su origen el contrato de

⁶⁶³ Así lo dice el artículo 20.1.1º de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁶⁴ Que según el artículo 10.1.1º tienen la consideración de contratos privados.

⁶⁶⁵ Así se infiere del artículo 30 del CCP.

⁶⁶⁶ Técnica que utiliza entre otros el artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁶⁷ Artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

servicios era una categoría que nace sobre la base de la refundición de prestaciones de otros contratos administrativos, e incluso en algún momento se ha acudido a las figuras civiles para satisfacer las necesidades que ahora se cubren por medio del contrato de servicios.

Esta labor debe permitir un mejor acercamiento a esta figura que tan poco interés ha suscitado a la doctrina⁶⁶⁸ y al legislador⁶⁶⁹. Es precisamente este escaso interés el que ha hecho que se aborde este tema, ya que actualmente son escasos los intentos de delimitación conceptual con respecto a otros tipos contractuales del contrato de servicios.

La labor de diferenciación del contrato de servicios con respecto a otras categorías jurídicas, es una labor que redundará en propio beneficio del contrato, dándole una mayor autonomía o sustantividad, ya que cuanto mejor delimitado se encuentre, mayor autonomía sustantiva tendrá.

1) *Distinción del contrato del sector público de servicios, de los contratos civiles de obras y de servicios.*

Se propone aquí diferenciar al Contrato del Sector Público de Servicios de dos modalidades contractuales que presentan características muy similares⁶⁷⁰, por esta razón es necesario

⁶⁶⁸ Recordemos que hasta hace relativamente poco no existía ninguna monografía específica relativa al contrato de servicios, recientemente (la primera edición es del año 2009) ha aparecido una elaborada por E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los contratos de servicios del sector público*. op. cit.. Como puede deducirse del propio nombre de la monografía, el análisis se centra en los trabajos en los que predominan las prestaciones de carácter intelectual, los antiguos contratos de consultoría, sin que tenga una visión global de todas las prestaciones del contrato.

⁶⁶⁹ El escaso interés del legislador lo demuestra al no hacer ninguna referencia en la Exposición de Motivos de la LCSP a las razones que han conducido a la supresión de esta modalidad contractual. Ya no se critica que se ha suprimido, si no el hecho de no justificar las razones de la supresión, no parece de recibo que se acabe con una categoría que goza de implantación en nuestro país y no se justifiquen los motivos que han llevado a esa solución legislativa.

⁶⁷⁰ La similitudes y diferencias entre los dos tipos contractuales han sido puestas de manifiesto por la doctrina más especializada, ver, F. MOURILLO GONZÁLEZ, *El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción con otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales*, Aranzadi civil, Revista doctrinal, vol.I Parte Estudio, 1999, págs.. 1619-1636.

ofrecer criterios de distinción no sólo del contrato que es objeto del presente trabajo, sino entre los dos tipos contractuales aludidos entre sí.

1.1) *El contrato civil de obra*⁶⁷¹.

Concepto: La definición legal del contrato de obra se encuentra, junto con el contrato de servicios, en el artículo 1544 del Código Civil que dice que:

“En el arrendamiento de obras o de servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”.

Por lo tanto y según lo dispuesto en el mencionado precepto, el arrendamiento de obra es un contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra, y la otra a pagar un precio por la misma. Cabe señalar que la terminología utilizada por el Código Civil ha sido criticada por la doctrina especializada de esta manera LASARTE, Carlos, recuerda que más que de arrendamiento de obras, deberíamos hablar de contrato de obra⁶⁷². También se puede aportar una definición doctrinal de este contrato típico, de esta forma se puede definir con los profesores L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, como “un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro ejecutar una obra por un precio cierto”⁶⁷³.

Características del contrato de obra: La principal característica que presenta el contrato de obra, y que permite diferenciarlo de otros tipos contractuales, se centra en su objeto. El contrato de obra tiene por objeto un trabajo materializado en una obra⁶⁷⁴, por lo tanto el

⁶⁷¹ El contrato de obra ha tenido un auge espectacular en nuestro derecho en las dos últimas décadas, así lo ha resaltado A. VICENTE PALACIO, *La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios*, Aranzadi Social, núm. 11/2002, 2002.

⁶⁷² C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho...*, op. cit., pág. 339, dice que: “Ahora bien, si desde el punto de vista del Código Civil no cabe duda de que se trata de un arrendamiento, esta concepción hay que entenderla totalmente desfasada, por lo que la doctrina trata de evitar la denominación de arrendamiento de obra, llamándolo contrato de obra, contrato de empresa, contrato de ejecución de obra o incluso contrato de industria. El mismo fenómeno puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.”.

⁶⁷³ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit., pág. 380.

⁶⁷⁴ J.L. LA CRUZ y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág. 175.

contratista, por medio de este contrato adquiere una obligación de resultado cómo señalan los profesores DIEZ PIAZO y GULLÓN⁶⁷⁵; y LASARTE, C.⁶⁷⁶.

Razones que justifican la realización de un esfuerzo para distinguirlo del Contrato del Sector Público de Servicios: La razón principal que conduce a la realización de un análisis del contrato de obra, con el objeto de advertir las diferencias con el Contrato del Sector Público de Servicios, es que el objeto de ambos contratos es similar. Así mientras que el contrato de servicios tiene por objeto prestaciones de hacer consistentes en la consecución de un resultado, diferentes a una obra o a un suministro (Así lo dice el artículo 10 del TRLCSP); el contrato de obra, como hemos visto, tiene por objeto la realización de una obra⁶⁷⁷, entendida esta como el resultado de una actividad. En ambos casos nos encontramos ante una obligación de resultado. Hay que apuntar que el objeto del contrato del sector público de servicios es más restringido que el del Contrato Civil de Obra debido a que este abarca la construcción de inmuebles⁶⁷⁸, mientras que contrato del sector público de servicios no comprendería esta prestación⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ L. DIEZ PIAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit., pág. 380.

⁶⁷⁶ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho...*, op. cit., pág. 340, dice que: “La nota distintiva básica de este contrato radica en que lo prometido por el deudor de la actividad no es el trabajo o el servicio en sí mismo considerado, sino el resultado del trabajo: la obra. Queda sometido pues el contratista al desempeño de una obligación de resultado...”.

⁶⁷⁷ La obra en el contrato de obra, puede tener una materialización diversa, puede consistir en un dictamen jurídico, en la elaboración de unos planos por un arquitecto, o en la construcción de un edificio; por lo tanto su objeto puede ser variado, pero lo que es indudable es que para llegar a la entrega de la obra es necesario realizar un trabajo o actividad previa (prestación de hacer), que finalizará con la realización de la obra (consecución de un resultado).

⁶⁷⁸ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pág. 177, dicen que: “La regulación del contrato de obra se ha planteado en el Cc. sobre el modelo de la construcción de un edificio o, al menos, de una prestación de arquitectura o ingeniería, si bien, como hemos visto, la práctica es mucho más variada, en relación a bienes inmuebles y a muebles. Habrá de tenerse en cuenta esta fijación del legislador, en la aplicación de la ley a supuestos distintos.

Hoy esa regulación se halla complementada, en cuanto a su específico objeto, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), destinada a “regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la protección de los intereses de los usuarios” (art. 1.1). Esta ley es de aplicación al proceso de la edificación de carácter permanente, público o privado, con variedad de usos, que menciona (art 2.1).

⁶⁷⁹ Los contratos del sector público de obras, son objeto de una regulación independiente en el artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público.

1.2) *Contrato civil de servicios.*

Concepto: La definición legal de este contrato la encontramos en el artículo 1544 del Código Civil⁶⁸⁰, que tiene el siguiente tenor literal:

“En el arrendamiento de obras o de servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

Teniendo en cuenta la definición dada en el apartado anterior del contrato de obra, se puede definir, por exclusión el contrato de servicios, como un contrato por el que una de las partes se obliga a prestar un servicio, por un precio. Una definición doctrinal de esta modalidad contractual es la que ofrece LASARTE, C. que dice que: “...en el denominado contrato de servicios una de las partes se obliga a prestar un servicio de carácter material a otra por precio cierto.”⁶⁸¹.

Características: A la hora de caracterizar el contrato civil de servicios se pueden destacar las siguientes notas definatorias:

- Una primera característica dada por el profesor LA CRUZ es que el contrato da nacimiento a una obligación de hacer, cuyo contenido no es el resultado de aplicar una concreta acción (a diferencia del contrato de obra), sino una actividad general del prestador, quien la ejerce en beneficio del comitente y por encargo de éste, aclara este profesor que el servicio es un “*hacer*”; pero no todo “*hacer*” equivale a prestar un servicio. El deudor tiene que “*hacer*” para cumplir sus obligaciones de dar, o de conservar, etc.; y aun dentro del “*hacer*” concretado directamente en cuanto tal en beneficio del acreedor, puede dirigirse la actividad a la realización de una obra, y no a la prestación de un servicio. Este último supone una dosis preponderante de actividad pura: de una conducta que no produce cosas corporales no se contempla en la materialidad de sus resultados, sino en cuánto

⁶⁸⁰ Recordemos que este precepto alude a los contratos civiles de obras y de servicios.

⁶⁸¹ C, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho...*, op. cit., pág 262.

generadora de beneficios y ayudas no relacionadas con cosas concretas que definan la tarea⁶⁸².

- El profesor LA CRUZ ofrece una segunda característica de este contrato consistente en que el comitente (u otro por él) se obliga correlativamente a satisfacer una retribución (precio).

- La tercera nota característica que aporta el profesor LA CRUZ, es que este contrato comprende la prestación de cualesquiera servicios, en general, salvo aquellos que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia, añade que la tradición romana y romanista ha hecho llegar al Cc. diversos contratos que versan (como objeto único o concomitante) sobre la prestación de unas actividades serviciales concretas y típicas, contratos separados de la figura general del arrendamiento de servicios y con disciplina propia, como por ejemplo el depósito⁶⁸³.

- Finalmente, LASARTE, Carlos, añade las siguientes características sobre esta modalidad contractual: Es un contrato consensual, bilateral y oneroso, y esencialmente temporal⁶⁸⁴.

Razones que justifican la realización de un esfuerzo para distinguirlo del Contrato del Sector Público de Servicios: Como ya hicimos para el caso del contrato de obra nos proponemos ofrecer las razones que conducen a intentar diferenciar este contrato del contrato del sector público de servicios. Las mismas, al igual que en el caso del contrato de obra, hay que buscarlas en la igualdad sustancial que presentan los objetos de ambos contratos, así si el contrato del sector público de servicios implica una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad, el contrato civil de servicios acoge el mismo tipo de prestaciones.

1.3) *Criterios de distinción entre los contratos civiles de obras y de servicios*⁶⁸⁵.

⁶⁸² J.L LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pág. 202.

⁶⁸³ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., págs. 202 y 203.

⁶⁸⁴ C. LASARTE, *Principios de derecho...*, op. cit., pág. 263.

Como se habrá podido advertir de la lectura de estas letras dedicadas a la exposición de los contratos civiles de obras y de servicios, los límites existentes entre estas dos categorías, en ocasiones no son nítidos, por esa razón hay que ofrecer diferentes criterios de distinción entre los mismos⁶⁸⁶, ya que se trata de dos tipos contractuales que desde el origen nacieron diferenciados entre sí⁶⁸⁷.

- **Criterio del objeto inmediato de la obligación:** El profesor LA CRUZ alude a este criterio citando la Sentencia de 3 de noviembre de 1983 que dice: “ que de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios de trabajo, o de una actividad en sí misma, y no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra.”.

- **Criterio de la distinción por la situación de dependencia:** Dice el profesor LA CRUZ que algunos han pretendido distinguir el contrato de obra del de servicios, por la situación

⁶⁸⁵ R. GILABERT, *El contrato de servicios en el derecho medieval Español*, Revista de Política Social, núm. 101, 1974, pág. 61, dice que: “El contrato de servicios es esencialmente un contrato de duración; se otorga por un tiempo durante el cual debe ejecutarse la prestación de aquéllos y que tiene en la mecánica de la relación un papel más importante que la prestación misma. Los servicios no carecen de interés, e incluso determinan importantes modalidades, pero en un segundo término respecto al plazo. La perspectiva es totalmente inversa a la que se contempla en el contrato de obra.”.

⁶⁸⁶ Presenta un gran interés lo señalado acerca de estos dos contratos por J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El contrato de ejecución de obra*, Revista de política social, núm. 71, julio- septiembre, 1966, dice que: “....A) arrendamiento de servicios. Contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio mediante precio. Tal arrendamiento puede, a su vez, ser: a) Con dependencia. Cuando quien se obliga a prestar el servicios se somete a la dirección de quien lo recibe, en cuanto al dónde, al cómo y al cuándo. Se denomina contrato de trabajo. b) Cuando aun prestando el servicio a otro existe autonomía respecto al modo de prestarlo. Se denomina arrendamiento de servicios civil.....B) Arrendamiento de obra: Contrato por el que una de las partes se obliga personalmente a la ejecución de una obra que ingresa en el patrimonio de otro mediante un precio.”.

⁶⁸⁷ R. GILABERT, *El contrato de servicios...*, op. , cit. pág. 132, dice que: “El contrato de servicio nace y se desarrolla en el seno de los municipios libres, donde se daban las condiciones favorables para ello. Son los libros de ese derecho, municipal, los que suministran más abundantes noticias. Primero es su más antiguo monumento, el Fuero de León, 1020, que menciona el pretium laborantium, como un aspecto del intervencionismo económico del concejo, y tras él la masa de ordenaciones locales, las redacciones del derecho territorial, los ordenamientos de Cortes. Estas fuentes, en una forma casuística, ofrecen el contrato de servicios, con una clara diferenciación respecto al contrato de obra, propio de los artesanos.”.

de dependencia en que éste se desarrolla, pero ni todos los servicios implican subordinación (no, más comúnmente, los servicios de profesiones liberales), ni en el contrato de obra se puede excluir una modalidad en la que el dueño vigile y dirija la actividad del contratista frente a otros contratos en los que en puede inmiscuirse.⁶⁸⁸.

- **Criterio de la energía del trabajo:** Dice el profesor LA CRUZ que tampoco cabe distinguir el contrato de obra del de servicios explicando que el objeto de éste es la energía del trabajo, midiéndose el precio en proporción al tiempo del empleo; mientras objeto del contrato de empresa es el *opus perfectum*, el resultado del trabajo, siendo el precio adecuado a la importancia de la obra, pues en un contrato de obra puede pagarse el precio, en todo o parte, en proporción al tiempo empleado, como ocurre en diversas composuras y pequeñas reparaciones: el fontanero, o el taller de reparación de automóviles, etc. En verdad en los casos extremos la distinción entre el contrato de servicios (incluso el mandato retribuido) y el de obra resulta incierta: por ejemplo, en algunos tipos de “arriendo” de contribuciones en los que el “arrendatario” obtiene un premio de cobranza⁶⁸⁹.

- **Finalmente los profesores DIEZ PICAZO y GULLÓN aportan el criterio de distinción en función de la mano de quien esta obtener el resultado del contrato**, así dicen que los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios, si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo (preparación para un examen, conducción de un proceso, etc., ni el preparador ni el abogado tienen poder directo sobre el resultado satisfactorio) (S. de 7 de febrero de 1995)⁶⁹⁰.

1.4) *Reconducción de la noción civil de contrato de obras y de servicios a la noción de contrato del sector público de servicios.*

⁶⁸⁸ LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pág. 175.

⁶⁸⁹ LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pág. 176.

⁶⁹⁰ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit., pág. 395. Sobre los criterios de distinción entre ambos contratos puede consultarse, F. MORILLO GONZÁLEZ, *El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales*, Aranzadi Civil, Volumen I, Parte Estudio, 1999, pgs. 1619-1639.

Como ya se ha señalado, se produce una identidad sustancial en cuanto al objeto de los contratos civiles de obras y de servicios, y del contrato del sector público de servicios. El contrato civil de obra implica una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado⁶⁹¹, mientras que el de servicios implica una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad, ambas nociones casan perfectamente con la definición que del contrato de servicios hace la Ley de Contratos del Sector Público⁶⁹².

Se advierte pues una aproximación por parte de la Ley de Contratos del Sector Público a la noción civil de contrato de obra y de servicio.

1.5) Modo de distinguir los contratos civiles de obras y de servicios de los contratos del sector público de servicios.

El principal criterio de distinción de los contratos civiles de obras y de servicios de los contratos del sector público de servicios, viene determinado por razón de los sujetos que celebran el contrato (elemento subjetivo del contrato). De esta forma nos encontraremos con un contrato del sector público de servicios, cuando el mismo sea concertado por alguno de los sujetos que aparecen mencionados en el artículo 3 del TRLCSP.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en estos casos se ha producido un fenómeno curioso, que se ha calificado de *recalificación* del contrato civil de obras, cuando se trate de un contrato del sector público privado. Antes de la Ley cuando un ente que no tenía la consideración de Administración Pública celebraba un contrato cuya prestación pudiera ser considerada como un contrato de obra, se regulaba y calificaba por lo dispuesto en el Código civil⁶⁹³; ahora la Ley de Contratos del Sector Público atribuye la regulación de estos contratos a lo dispuesto en la misma, pero esta regulación legal no es completa sino que es inacabada, afectando exclusivamente a la preparación y a la adjudicación del

⁶⁹¹ J.L. LA CRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pág. 202, señala que el hacer puede dirigirse a la consecución de un resultado (la obra).

⁶⁹² El artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. ...”.

⁶⁹³ Artículos 1544 y sig. del Código civil.

contrato⁶⁹⁴, regulándose sus efectos y extinción por las normas de derecho privado⁶⁹⁵. Nos preguntamos ahora, ¿cuales son esas normas de derecho privado?, ¿las del contrato civil de servicios⁶⁹⁶?; como ya ha quedado argumentado en este supuesto se debe acudir a la analogía⁶⁹⁷, la misma ha de operarse sobre la base de la comparación de los objetos de los contratos. Así habrá que aplicar a los efectos y extinción las normas del contrato civil de servicios, cuando el mismo tenga por objeto una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad; y las del contrato civil de obra, cuando el contrato tenga por objeto una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado. Con esta operación se cubriría la laguna que ha creado el propio legislador en este punto, entiendo a la vista de los trabajos parlamentarios relativos a la tramitación de la Ley que insconsciente.

A la hora de efectuar una valoración de la situación que acabamos de exponer, se debe calificar la regulación contenida en la Ley como de poco meditada⁶⁹⁸. La Ley tiene por el fin que persigue⁶⁹⁹ un carácter pluridisciplinar afectando no sólo a cuestiones de derecho administrativo, sino de derecho civil, mercantil o procesal, entre otras, considero que cuando una Ley administrativa decide impactar sobre la regulación decimonónica de los contratos que hace el Código civil la incidencia ha de ser sobre la base de la meditación, del sosiego, puesto que este inciso plantea una laguna, que si bien se puede colmar por la vía de la analogía exige al operador jurídico un nuevo esfuerzo a la hora de aplicar la Ley de

⁶⁹⁴ Artículo 20.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁹⁵ El artículo 20.2 in fine, de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “...En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”.

⁶⁹⁶ Hablamos de las normas del contrato civil de servicios, puesto que el mismo recibe el mismo nombre que el contrato del sector público que comentamos.

⁶⁹⁷ Sobre la analogía ver, M. COCA PAYERAS, en Enciclopedia Jurídica Básica, 1995, dice que: “Se trata de una actividad de carácter interpretativo y aplicativo, basada en que toda norma legal ofrece dos planos de aplicación. Uno directo o primario, cuando la norma se aplica al concreto supuesto de hecho que ella contempla. Y otro derivado o analógico, cuando la norma se aplica a un supuesto fáctico que no coincide exactamente con el contemplado por ella.”.

⁶⁹⁸ Nada se dice sobre esta cuestión en el texto articulado, no en la exposición de motivos, tampoco se ha encontrado referencia alguna sobre esta cuestión al examinar los trabajos parlamentarios.

⁶⁹⁹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, tiene por objeto regular la contratación del sector público.

Contratos del Sector Público, esfuerzo sobre el que el legislador ni siquiera se ha parado a reflexionar.

2) Distinción del contrato del sector público de servicios, con el contrato civil de mandato.

- **Concepto:** La definición legal del contrato de mandato la encontramos en el artículo 1709 del Código Civil, que dice que:

“Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.”.

Esta definición legal del mandato ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, así ha sido calificada de vaga e incorrecta⁷⁰⁰, y de ser confusa permitiendo confundir el mandato con otros tipos contractuales⁷⁰¹. No obstante, el carácter confuso de esta figura contractual, algún autor lo ha definido como: “...el contrato consensual por el que una persona, mandatario, se obliga hacia otra, mandante a realizar algún acto jurídico, por cuenta de esta.”⁷⁰².

- **Características:** Se pueden destacar los siguientes caracteres del contrato de mandato:

1) *Se trata de un fenómeno o mecanismo de cooperación entre dos personas.* Esta cooperación se caracteriza por llevarse a cabo por vía de sustitución, obrando el mandatario en lugar de su mandante, realizando aquél lo que podría hacer éste, y vinculando el resultado de su gestión a la esfera jurídica del interesado.

⁷⁰⁰ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op.cit. pág. 208, dicen, sobre el mandato que: “...ha sido criticado por la doctrina española por vago e incorrecto...”.

⁷⁰¹ X. O’CALLAGHAN, *Código Civil...*, op. cit. pág. 1757, dice que: “El contrato de mandato es definido en este artículo (artículo 1709 del Código Civil), con tal vaguedad que permite confundirlo con cualquier otro de cooperación por cuenta ajena, especialmente el de prestación de servicios.”.

⁷⁰² X. O’CALLAGHAN, *Código Civil...*, op. cit. pág. 1757, cita la definición que de contrato de mandato nos da el profesor Albaladejo.

2) *No se trata de cualquier tipo de cooperación, sino una muy particular*: La actividad del mandatario, desarrollada en interés del mandante, ha de ser jurídicamente relevante, aunque no es necesario que consista precisamente en la realización de negocios jurídicos: basta que la actuación del mandatario tenga trascendencia jurídica en la esfera del mandato.

3) *Ajenidad, respecto del mandatario, del interés gestionado*. Se caracteriza, pues, esta actividad de cooperación en que quien la ejerce queda al margen del resultado.

4) *Es un contrato naturalmente gratuito*: así se deduce del artículo 1711 del Código Civil⁷⁰³, que dice que:

“... a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.”.

5) Es un *contrato unilateral* (cuando es gratuito), o *bilateral* (cuando es retribuido).

6) Es un *contrato de confianza*, esto es *intuitu personae*.

- **Fundamento de la distinción entre mandato y contrato del Sector Público de Servicios**: La razón que justifica la realización de un esfuerzo por diferenciar el contrato de mandato del Contrato del Sector Público de Servicios, debe buscarse en que en algún momento se ha hecho uso de esta figura para concertar prestaciones que se engloban dentro del actual contrato de servicios, así lo ha puesto de manifiesto MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., cuando alude a una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1942, que califica de mandato un contrato relativo a la gestión de préstamos por el Alcalde y unos Concejales de un Ayuntamiento para la construcción de un camino vecinal; también cita, la mencionada autora, determinadas normas que califican de mandato

⁷⁰³ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op.cit. pág. 210, nos dicen estos profesores que será con la Revolución francesa, cuando la gratuidad pasa a ser un elemento natural del contrato.

actividades que pueden incluirse dentro del contrato de servicios, como el cobro de arbitrios, el cobro de créditos, etc.⁷⁰⁴

El fundamento del uso del mandato para atender finalidades propias de la Administración es doble:

En primer lugar, como ya hemos podido comprobar, la noción civil de contrato de mandato es ambigua, siendo precisamente esa ambigüedad la que permite que se confunda con los contratos civiles de obras⁷⁰⁵ y de servicios⁷⁰⁶, contratos que constituyen el auténtico precedente civil del contrato del sector público de servicios. Debido a esta inconsistencia dogmática del contrato de mandato, en ocasiones prestaciones que formarían parte de los dos contratos civiles citados han sido calificadas como contrato de mandato.

En segundo lugar, el propio devenir histórico de la figura del Contrato del Sector Público de Servicios, se caracteriza, por la tardía aparición de esta modalidad contractual, lo que ha supuesto que la Administración Pública para satisfacer las necesidades que ahora se colman mediante este contrato haya tenido que acudir a los contratos civiles, y ha sido precisamente en este recurso que se ha hecho a las modalidades de contratación civiles donde la Administración ha tropezado con el problema anteriormente advertido de la problemática que presenta, para los civilistas, la delimitación conceptual del contrato de mandato.

⁷⁰⁴ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría...*, op. cit. pág. 72, dice que: "... del mismo modo se calificaron a través de normas los siguientes contratos: contrato de mandato para el cobro de arbitrios del Ayuntamiento de Villaverde, por el Real Decreto de 24 de septiembre de 1898; el cobro de créditos del Ayuntamiento de Valencia de Alcántara, por el Real Decreto de 27 de febrero de 1903; así como el mandato conferido por el Ayuntamiento de Valencia de Alcántara para la averiguación de la existencia de créditos a su favor, y caso afirmativo hacerlos efectivos, por el Real Decreto de 15 de julio de 1903; de igual modo que el mandato conferido por el Ayuntamiento de Dombellas para la gestión y cobro ante Hacienda de determinadas cantidades, por el Real Decreto de 18 de julio de 1903."

⁷⁰⁵ La Sentencia de 21 de diciembre de 1992, cita por el profesor X. O'CALLAGHN en *Código Civil Comentado...*, op. cit. pág., dice: "definido en el artículo 1709 del Código Civil, e interpretado, en el sentido de entender, que la diferencia con el arrendamiento de obra radica en que el contratista realiza el trabajo con independencia de la propiedad, y tiene derecho a la correspondiente remuneración en relación con el valor de la obra realizada; y por lo que respecta al arrendamiento de servicios, el criterio de distinción está en actuar el mandatario, no sólo por encargo, sino obrando por cuenta de quien le confiere el mismo, es decir gozando de cierto matiz representativo en cuanto su actividad incide en la esfera jurídica del mandante."

⁷⁰⁶ X. O'CALLAGHN, *Código Civil...*, op. cit. pág. 1757, señala que el contrato típico que más se puede confundir con el mandato, es el contrato de servicios.

- Diferencias entre el Contrato del Sector Público de Servicios y el Contrato de Mandato:

Las prestaciones del contrato del sector público de servicios constituyen un *númerus apertus*, por lo que para establecer las diferencias se toma en consideración la lista de prestaciones que contiene el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, a la vista de la misma cabe aludir a dos notas distintivas entre estas dos modalidades contractuales:

La primera, resulta evidente, y consistiría en la nota del sujeto que celebra el contrato, si es uno de los enumerado en el artículo 3 de la Ley, y tiene por objeto prestaciones del artículo 3 el contrato será del sector público.

La segunda, la encontramos acudiendo a las características ofrecidas del contrato de mandato, en concreto, acudiendo a la segunda característica, esto es que la actividad del mandato ha de consistir en una actividad jurídicamente relevante, ya que dentro de las prestaciones que enumera el Anexo II no se da esa relevancia jurídica, salvo en la contenida en la categoría 21⁷⁰⁷, ya que existen algunos servicios jurídicos en los que sí que se podría dar esta relevancia jurídica, en estos casos para diferenciar ambas modalidades contractuales se debería acudir al primer criterio de distinción, en función de quien celebra el contrato.

3. Distinción del contrato del sector público de servicios, con el contrato civil de transporte.

Concepto: La definición legal del Contrato Civil de Transporte, se encuentra en el artículo 1601 del Código Civil, que dice que:

“Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que le confían, a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1783 y 1784.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que respecto a los transportes por mar y tierra establece el Código de comercio.”.

⁷⁰⁷ La categoría 21 del Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, alude a los servicios jurídicos.

Normalmente el contrato de transporte tendrá una naturaleza mercantil, quedando la regulación civil para el caso de que el transportista no sea empresario. Estamos ante un contrato de obra⁷⁰⁸.

- **Razones que justifican la realización de un esfuerzo por diferenciar el Contrato de Transporte de los Contratos del Sector Público de Servicios:** El motivo que justifica estas líneas dedicadas al contrato de transporte, es evidente, ya que dentro de la enumeración de prestaciones que incluye el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, encontramos varias prestaciones que constituyen una actividad de transporte, así las encontramos en las siguientes categorías del Anexo II: la categoría 2⁷⁰⁹, la 3⁷¹⁰, la 4⁷¹¹, la 18⁷¹², la 19⁷¹³, y la 20⁷¹⁴.

- **Notas distintivas entre ambos contratos:** A la hora de determinar las notas distintivas entre las dos modalidades contractuales que estamos contraponiendo en este apartado, debemos remitirnos a lo dicho con respecto al contrato de obra, ya que el contrato de transporte es una manifestación del contrato de obra; por esta razón el contrato será de servicios del sector público, cuando el mismo lo concierte un sujeto de los enumerados en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

- **Sobre el fenómeno de la recalificación del contrato civil y mercantil de transportes:** El fenómeno advertido anteriormente con respecto al contrato civil de obra se reproduce, con mayor amplitud, en el caso del contrato de transporte. Se dice que con mayor amplitud

⁷⁰⁸ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho....* op. cit. pág. 388, dice que: “Su inclusión entra las normas dedicadas al arrendamiento de obras y servicios no debe hacer olvidar que estamos ante un contrato de obra. El porteador no se obliga a desplegar solamente una actividad, sino a conseguir un resultado: el traslado de las personas o cosas de un lugar a otro (S. de 17 de mayo de 1993).”.

⁷⁰⁹ La categoría 2 del Anexo II de la Ley, alude a: Servicios de transporte, por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo.

⁷¹⁰ La categoría 3 del Anexo II de la Ley, alude a: Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte de correo.

⁷¹¹ La categoría 4 del Anexo II de la Ley, alude a: Transporte de correo por vía terrestre y por vía aérea.

⁷¹² La categoría 18 del Anexo II de la Ley, alude a: Servicios de transporte por ferrocarril.

⁷¹³ La categoría 19 del Anexo II de la Ley, alude a: Servicios de transporte fluvial y marítimo.

⁷¹⁴ La categoría 20 del Anexo II de la Ley, alude a: Servicios de transporte complementarios y auxiliares.

porque no sólo afecta a la regulación civil del contrato, sino que también afecta a la mercantil. En todo caso creo que la solución a las posibles lagunas que pudieran ocasionarse han de colmarse haciendo uso de la analogía en los términos que se han apuntado anteriormente.

4) Distinción del Contrato del contrato administrativo de servicios del contrato de gestión de servicios públicos. Situación del problema. Propuesta de un nuevo criterio de distinción.

4.1. Enfoque inicial del problema.

El ordenamiento jurídico ofrece a los operadores jurídicos diferentes alternativas para afrontar los avatares que se les plantean en el desarrollo de sus actividades. Uno de esos operadores está formado por el conjunto o conglomerado de entes que integran las Administraciones Públicas⁷¹⁵, estas entidades a la hora de planificar la gestión de sus servicios o actividades cuentan con varias opciones que van desde la posibilidad de prestar directamente el servicio de que se trate, hasta la posibilidad de encomendar el servicio a una empresa. En este último caso el abanico se expande y descompone en una doble opción: una primera, consistente en continuar asumiendo la responsabilidad en la organización del servicio, buscando una colaboración con empresas del sector privado (esta opción se canaliza por conducto del contrato de servicios), o trasladar la responsabilidad de la gestión al contratista (esto se consigue por medio del contrato de gestión de servicios públicos). Creo que la diferencia esencial entre ambos tipos contractuales es la que he apuntado anteriormente, esto es en el contrato de gestión de servicios públicos la responsabilidad de la gestión y organización del servicio la asume el contratista, mientras que en el contrato de servicios continua detentado esa responsabilidad la Administración, por ese motivo considero necesario ofrecer un nuevo criterio de distinción entre esos dos tipos contractuales que se fundamente en las diferencias de fondo que existen entre los mismos.

⁷¹⁵ Para ver los entes que integran el Sector Público a los efectos de contratación hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.

Hay que señalar que el derecho, el ordenamiento jurídico y los criterios de interpretación de las normas e instituciones son cambiantes, especialmente en el caso de las instituciones reguladas por el derecho administrativo, ya que esta rama del derecho tiene una íntima conexión con la sociedad⁷¹⁶. Creo que la motorización legislativa de la que hablaba a mediados del siglo XX SCHMITT, C.⁷¹⁷, puede expandirse a la interpretación de las normas, actividad que se encuentra amparada en el propio Código civil⁷¹⁸. El hecho de que un determinado criterio de distinción entre dos contratos típicos se encuentre amparado por una tradición interpretativa consolidada, no debe ser obstáculo para buscar nuevos criterios de distinción que se ajusten mejor a la realidad social de un determinado momento y que abunden en la finalidad de ambos contratos.

Afirmar en estas líneas la importancia que tiene el derecho comunitario en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas españolas, no es nada nuevo, no obstante debe reiterarse y acentuarse en el caso de la contratación pública. El derecho comunitario (integrado por la directiva de contratos, los principios inspiradores de la contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) debe ser

⁷¹⁶ J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del op. cit.* pág. 54, dice que: “Las antiguas fronteras entre el Estado y la Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden.”. Sobre las conexiones entre Administración y sociedad, creo que son especialmente significativas las aportaciones de A. MARTÍN DEL BURGO y MARCHÁN, *La Administración asediada*, op. cit., pág. 806, dice citando a Luis Jordana de Pozas que: “...la Administración se encuentra tras de todo ciudadano, como la sombra al cuerpo, ya que ni siquiera se puede cruzar la calle sin observar las normas del Código de Circulación.”.

⁷¹⁷ Sobre la problemática, que desde el punto de vista legislativo representa el Derecho administrativo, debemos citar al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpresión 2000, pág. 48 que dice que: “Frente a lo que Maurice Hauriou llamaba aún, a comienzos de este siglo, la sage lenteur, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían creando en cuanto a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes códigos, Carl Schmitt pudo hablar ya en 1946 de la “legislación motorizada”. Ortega (individuo y organización, conferencia de Darmstaap) denunció igualmente en 1953 “legislación incontinente”...Se ha establecido, sigue diciendo “la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro desaparezca, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente, como el personaje de Kafka, reo de no sabe qué posibles delitos.”.

⁷¹⁸ En este sentido el artículo 3.1 del Código civil dice que: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”. Parece que en esta caso se impone realizar un esfuerzo conceptual, conducente a abundar en la distinción en base a la finalidad que cumplen ambos contratos.

la guía que oriente la interpretación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, provocando que se desplacen los viejos criterios interpretativos de la normativa de contratos, siendo sustituidos por otros procedentes del derecho comunitario.

Una de las herramientas jurídicas de las que dispone el intérprete del derecho para salvaguardar el cumplimiento del derecho comunitario es la interpretación conforme⁷¹⁹, para que la misma se produzca es preciso que previamente exista una distorsión entre el derecho interno y el derecho comunitario. En este apartado se trata de subrayar una distorsión en el sentido apuntado, proponiéndose para solucionarla una interpretación conforme con la Directiva de Contratos (Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.).

4.2. El derecho comunitario de la contratación pública: objetivos generales, interpretación finalista de la Directiva de Contratos.

El Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas no habla específicamente de los contratos públicos, no obstante el artículo 2 del Tratado en su versión consolidada alude al establecimiento de un mercado común, es indudable que dentro de ese mercado común que se pretende crear por el Tratado juegan un papel destacado los contratos públicos⁷²⁰. Se

⁷¹⁹ Acerca de la interpretación conforme con las Directivas ya se tendrá ocasión de profundizar en las próximas líneas, para ir abriendo boca son interesantes las reflexiones que acerca de esta técnica interpretativa aplicada al texto constitucional hace P. LUCAS VERDÚ, en el prólogo al libro de R. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1996, dice: “En principio la interpretación conforme a la Constitución parece obvia: fácilmente se desprende de los conceptos de primacía formal y material del texto constitucional sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.”: En el caso de la interpretación conforme de las Directivas, la misma se fundamenta en la primacía de los objetivos a buscar por el legislador comunitario, sobre los posibles impedimentos que se podrían plantear en el plano interno.”:

⁷²⁰ J.L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español*, en comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, coordinada por Rafael Gómez Ferrer Morant, Thomson- Civitas, 2004, pág. 29, dice que: El sector de la contratación pública en el ámbito comunitario es de una extraordinaria importancia. Según datos de la Comisión Europea, “en 1986 la compras de las Administraciones Públicas stricto sensu representaban aproximadamente un 9 por 100 del producto interior bruto de la Comunidad. Si se añaden los pedidos de las entidades paraestatales y de las empresas públicas, dicha cifra se eleva a un 15 por 100 del Producto Interior Bruto de la Comunidad” (1986: equivale a

debe advertir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la aplicación directa de los principios del Tratado en la materia que estamos tratando⁷²¹; no obstante lo anterior, las instituciones comunitarias han sido conscientes que los principios del Tratado se muestran insuficientes en esta materia para conseguir un objetivo tan ambicioso como es armonizar⁷²² los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de todos los países miembros de la Unión⁷²³, por ese motivo se ha buscado la armonización de procedimientos utilizando un instrumento jurídico peculiar como es la Directiva⁷²⁴, que impone una obligación de resultado dejando en manos de los países miembros los

530.000 millones de euros, aproximadamente). Esta cantidad considerable, que refleja el volumen de la actividad contractual pública, experimentó un notable incremento tras el ingreso de España y Portugal y como consecuencia del proceso de unificación Alemana.”.

⁷²¹ También J. HUELÍN MARTINEZ DE VELASCO, *Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: El concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales*, en Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y de medio ambiente, Estudios de Derecho Judicial, edita Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 227, dice que: “El derecho originario de la Unión Europea no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. No obstante, los principios generales que proclama son directamente aplicables a la contratación pública, en virtud de la regla de la primacía del Derecho comunitario.”.

⁷²² J.F. LÓPEZ MÁRQUEZ, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros estados miembros de la unión europea (Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, Revista de Administración Pública, núm. 133, 1994, pág. 315 dice que: “Los principios conforme a los que debe efectuarse la coordinación son los siguientes: prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos, y elaboración de un procedimientos que permita velar en común por el cumplimiento de dichos principios.”.

⁷²³ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los...*, op. cit., pág. 94 y sig., dice que: “Las Directivas respondieron a la convicción de que las prohibiciones establecidas en los Tratados eran insuficientes para la realización del mercado único, en cuanto se refiere a los contratos públicos. No se trataba sólo de prohibir prácticas contrarias a los principios y libertades reconocidas, sino de garantizar unas pautas de actuación de los Estados de conformidad con criterios de igualdad, para la participación en dichos contratos y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de los mismos. De esta manera se hacían más efectivas las libertades anteriormente citadas.”.

⁷²⁴ El considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, dice que: “No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.”. Sobre la Directiva como instrumento jurídico, cabe aludir a Heinrich Siedentopf, *“Investigación empírica sobre la aplicación del derecho comunitario por las Administraciones de los estados miembros”*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 10, pág. 40, dice que: “Las directivas son la expresión jurídica de los objetivos contenidos del derecho comunitario.”.

mecanismos para la consecución de ese resultado. Son diversas las razones que impulsan al legislador comunitario a utilizar este instrumento jurídico para intervenir en un determinado sector de actividad⁷²⁵, en el caso de la contratación pública el uso de la directiva como técnica para la consecución de los objetivos marcados es doble, en primer lugar, la creación de un mercado de contratos públicos entre los países miembros no precisa de un instrumento jurídico más agresivo, sino que se entiende que los objetivos se pueden lograr con un instrumento más respetuoso con la soberanía nacional; y en segundo término, yo creo que esta es la razón principal, la figura del contrato administrativo (esto es el contrato que se rige por las reglas del derecho administrativo, no por las del derecho común) no existen en todos los países miembros, en particular se niega su existencia en Italia, Inglaterra o Alemania, y se reconoce en España o Francia⁷²⁶. En este caso, si la normativa

⁷²⁵ T. MILLETT, *El efecto directo de las Directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en: La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, dice sobre la directiva que: “Se trata de un acto legislativo específicamente comunitario, distinto de la mayoría de actos legislativos que conocemos. La diferencia reside esencialmente en el hecho de que la producción de la norma planteada se realiza en dos etapas sucesivas. Mediante la primera, el legislador comunitario fija, en sus grandes líneas, los objetivos a alcanzar, dejando al legislador de cada uno de los Estados miembros la tarea de precisar el detalle de las normas y las modalidades de aplicación. En principio, es únicamente este segundo acto, el acto de puesta en marcha de la directiva adoptada por el legislador nacional, el que surte efecto respecto del justiciable.” y pág. 106, dice que: “¿Por qué se han previsto en el Tratado estas dos categorías de actos distintos? ¿No era suficiente contar únicamente con los reglamentos?.....Generalmente, se estima que la directiva corresponde a los ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o que afectan, de forma íntima, al modo de vida de un pueblo, que el gobierno nacional está más capacitado para apreciar.”.

⁷²⁶ S. GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, *La contratación de las comunidades europeas*, Revista de Administración Pública, núm. 142, 1997, págs.196 y sig., dice que: “Como es conocido, a nivel comunitario algunos Derechos incardina la contratación de la Administración dentro del Derecho público y, sin embargo, otros lo hacen dentro del derecho privado o común....”. También Gonzalo Samaniego Bordiú, *El control del derecho comunitario de los contratos públicos*, Revista de Administración Pública, núm. 123, pág. 403, dice que: “La disparidad de las legislaciones de control de los contratos resulta mucho más acusada en el plano jurisdiccional. El origen de estas diferencias se encuentra en las distintas naturalezas jurídicas de los contratos e incluso de la técnica de transposición. Así, en algunos países, los contratos tienen un carácter marcadamente privado (como en Dinamarca o en la RFA), mientras que en otros es totalmente público (como en Francia). Por lo que se refiere a la transposición, en unos Estados se realiza mediante instrucciones de tipo interno, desprovistas de carácter legal (RFA), mientras que en otros la transposición se ha realizado con toda la fuerza del Derecho (los países de tradición administrativa francesa: Francia, Italia, España, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, y Holanda)”. J.A. GARCÍA TREVIJANO FOS, *¿Existen contratos administrativos de depósito?*, Revista de Administración Pública, núm. 16, 1955, pág.156, dice que: “Sin pretender hacer un estudio a fondo, que está fuera de lugar, en relación con la materia podemos manifestar nuestro pensamiento en los siguientes puntos: el problema de los contratos administrativos ha de plantearse diversamente en España y en Francia, y en Italia. En los dos primeros países se admite normalmente su existencia. En Italia, por el contrario, lo que en Francia y en España se califica de contratos administrativos son tratados casi

comunitaria hubiese optado por configurar los contratos públicos como administrativos o privados, habría impactado de una manera escandalosa en el ordenamiento de alguno de los países miembros encontrando fuertes resistencias internas a su aplicación⁷²⁷.

Por lo tanto, el objetivo perseguido por las instituciones comunitarias mediante la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, es la creación de un mercado común en materia de contratos públicos, sobre la base de unos principios como los de publicidad, transparencia, igualdad de trato, libertad de acceso a las licitaciones. Mediante el mercado común se conseguirá una mayor eficacia en el uso de los recursos públicos, fomentando la competencia entre las empresas.

La Directiva como técnica normativa presenta como principal ventaja el respecto a la soberanía de los países miembros⁷²⁸, siendo su principal inconveniente que se corre el riesgo de que a la hora de proceder a la transposición esta se haga de una manera errónea, produciendo este error la inaplicación de la misma, dificultando la consecución de los objetivos marcados. Por ese motivo, dentro de los países miembros se debe adoptar una visión espiritualista, trascendiendo a las formas con las que internamente se regule una determinada figura, para permitir la consecución de los objetivos perseguidos por las instancias comunitarias.

unánimemente por la doctrina como contratos privados de la Administración; es decir, que la palabra administrativo tiene una relevancia subjetiva, pero no una relevancia material.”.

⁷²⁷ La existencia de prácticas restrictivas de la libre concurrencia ha sido destacada por diversos autores como una práctica existente en todos los países miembros, en este sentido puede consultarse el trabajo de M. BAENA ALCAZAR, *Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública, núm. 57, 1968.

⁷²⁸ J.M. GIMENO FELIÚ, *Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág. 18, dice que: “En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación secundum directivam.”. También ORDOÑEZ SOLIS, *La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo*, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia núm. 1921, 2005, pág. 2354.

Individualizando el problema general apuntado al caso que me ocupa en estas líneas, se puede decir que la Directiva de contratos considera prioritario para la creación de un mercado común en la materia la regulación de determinados tipos de contratos de servicios, para lo cual da una definición de los mismos y elabora un listado de prestaciones a las que exige una determinada publicidad⁷²⁹; por otro lado, consciente de los usos jurídicos de los países miembros, regula una figura que también se preocupa de definir como es la concesión de servicios la cual se abstrae del ámbito de aplicación de la misma⁷³⁰.

Los criterios de interpretación o calificación jurídica de los contratos públicos utilizados por los países miembros, en ningún caso pueden conducir a eludir la aplicación de la Directiva de contratos, ya que en la medida en que un criterio eluda su aplicación está dificultando la consecución de los objetivos marcados, haciendo este hecho que deba ser rechazado. En los países miembros las personas que nos acercamos a la calificación de un contrato público tenemos que ser conscientes de la realidad en la que se mueve este sector de actividad actualmente, en particular, debemos olvidarnos de realizar esa calificación acudiendo exclusivamente a factores del derecho patrio, ahora hay que tomar en consideración siempre el derecho comunitario regulador de este sector de actividad. Calificando en la línea que permita cumplir los objetivos marcados por la Directiva para el tipo de que se trate.

4.3. Breve referencia a la evolución histórica de los dos tipos contractuales. En particular, análisis de los aspectos diferenciales y de la evolución que han sufrido los mismos.

Este análisis debe comenzar reconociendo que no es este el lugar para profundizar en la evolución histórica de los tipos contractuales, no obstante creo que el razonamiento del

⁷²⁹ Para ver los importes a partir de los cuales se debe proceder a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004

⁷³⁰ La concesión de servicios se define en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE.

carácter desfasado de uno de los criterios de distinción entre los dos tipos tiene su raigambre en la evolución histórica, en particular en la evolución del contrato de servicios.

En este sentido hay que señalar que, tal y cómo se ha visto, el contrato de gestión de servicios públicos surge y se desarrolla bajo el cobijo del ideario político del Estado Liberal. Se afirma la falta de capacidad o de competencia técnica de la Administración para prestar determinados servicios, considerándose más adecuado la encomienda de la prestación al sector privado, más económico y dinámico⁷³¹. Por lo que en sus orígenes el contrato de gestión de servicios públicos era concebido como una técnica de traslación de la responsabilidad de la gestión de servicios a empresarios particulares, correspondiendo a éstos la organización del servicio y su prestación a los ciudadanos.

Por otro lado, en sus orígenes (ya vistos con profundidad anteriormente), el contrato de servicios nace para cubrir carencias internas que tenía la Administración, la misma se ve desbordada por las intervenciones que tiene que hacer, tiene una carencia de medios que ha de cubrir acudiendo al sector privado, por lo que en la génesis del contrato de servicios los contratistas cubren las carencias internas de la Administración. El punto de partida en la regulación del contrato de servicios está constituido por el Decreto 916/1968, de 4 de abril, por el que se regula la contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y Empresas Consultoras por los Departamentos Ministeriales⁷³².

Por lo tanto, en la génesis de estas dos figuras era posible diferenciarlas en base a que en el contrato de gestión de servicios públicos el contratista presta un servicio al público, mientras que en el contrato de servicios el destinatario del servicio es la Administración que acude al sector privado para cubrir una carencia interna.

⁷³¹ Resume el ideario político del estado liberal el J.A. GARCÍA TREVIJANO FOS *Aspectos de la Administración Económica*, Revista de Administración Pública núm. 12, 1953, cuando dice, citando a Leroy-Beaulieu que: "...si el Estado pudiera prestar el servicio de una manera más completa y general, no sería razón suficiente para decidir la intervención."

⁷³² El artículo 1 del citado Decreto señalaba que: "Los contratos de estudios y servicios técnicos que se celebren por los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos con Sociedades y personas jurídicas, en orden a la elaboración de proyectos, Memorias y trabajos de carácter técnico y económico, se regirán por el presente Decreto....".

Dando un salto en el tiempo se puede aludir a la adhesión de España a las Comunidades Europeas, ese acto ha supuesto que en nuestro ordenamiento jurídico se hayan tenido que articular una serie de medidas para incorporar las normas comunitarias al ordenamiento interno, se puede decir que la normativa comunitaria hace que vivamos un proceso de integración normativa continua. En lo que respecta a los contratos públicos de servicios su aparición comunitaria es tardía, en concreto surge en el año 1992 regulándose por la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio, conteniéndose en el artículo 1 de la misma la definición del contrato de servicios, desde el punto de vista del derecho comunitario⁷³³, de esa definición y por lo que respecta a este trabajo me interesa destacar que el legislador comunitario no distingue en función de quien sea el destinatario del servicio; por otro lado, el artículo 44 de la citada Directiva establecía como último día para que se produjera la transposición de la misma el 1 de julio de 1993.

A modo de conclusión de lo hasta ahora dicho, considero que la Directiva comunitaria reguladora del contrato de servicios supuso un cambio conceptual de esta figura que ya no debe verse como un mecanismo que sirve para cubrir las carencias internas de la Administración, prestándola exclusivamente servicios internos (*ad intra*), sino que debe ser

⁷³³ El artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, dice que: “ A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes: i) los contratos públicos de suministro, tal como se definen en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 77/62/CEE, y los contratos públicos de obras, definidos en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305/CEE; ii) los contratos públicos celebrados en los ámbitos mencionados en los artículos 2, 7, 8 y 9 de la Directiva 90/531/CEE y los contratos públicos que cumplan con las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de dicha Directiva; iii) los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, estarán sujetos a la presente directiva; iv) los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión; v) los contratos de servicios de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil y buscapersonas y comunicación por satélite; vi) los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación; vii) los contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, así como los servicios prestados por los bancos centrales; viii) los contratos laborales; ix) los contratos de servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere la prestación del servicio.”.

considerado como un instrumento por medio del cual se pueden prestar servicios al público en general, porque así lo entiende el legislador comunitario (servicios *ad intra* y *ad extra*). Por ello, el criterio del destinatario del servicio (criterio manejado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se explicará con detalle en otro apartado) debe considerarse desfasado por influencia del derecho comunitario desde el 1 de julio de 1993.

4.4. *Precisiones conceptuales.*

A) *Concepto de contrato de gestión de servicios públicos y de contrato de servicios:* A la hora de abordar el concepto de contrato del sector público de gestión de servicios públicos, se debe comenzar con la noción que del mismo da el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para continuar con la definición que aporta la normativa comunitaria de este contrato⁷³⁴, también se aportarán algunas notas características de este contrato dadas por la doctrina.

- *Noción de contrato de gestión de servicios públicos aportada por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:* La noción legal de esta modalidad contractual hay que buscarla en dos preceptos de la Ley, en concreto en el artículo 8 y el artículo 275.

El artículo 8, que lleva por rúbrica: “Contrato de gestión de servicios públicos”, dice que:

“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.”.

La noción ofrecida por el artículo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley, que dice que:

⁷³⁴ En concreto la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios.

“1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.”.

La segunda noción normativa del contrato la ofrece el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que dice que:

“La “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar⁷³⁵ el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”.

Como se puede comprobar la normativa comunitaria utiliza una terminología distinta a la hora de definir el contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, ya que lo califica como concesión de servicios, pero lo cierto es que nos encontramos ante el mismo tipo contractual⁷³⁶.

Aparece invariablemente un término en todas las definiciones que se hacen del contrato de gestión de servicios públicos, que es el término “*explotar*”, el mismo debe ser objeto de una interpretación adaptada a la contratación pública. En este sentido hay que decir que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷³⁷ en su acepción segunda define explotar como: “Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”, por lo tanto la explotación de un servicio supondría sacar utilidad a ese servicio, si bien dependiendo del sistema elegido (concesión, concierto, gestión interesada o sociedad de economía mixta) el provecho que saca el contratista será mayor o menor, o se configurará de una manera o de otra. Ahora hay que preguntarse, ¿Cuál es el motivo que hace que el contratista saque un provecho económico?, ¿Por qué le permite la Administración recibir ese provecho?, el motivo es bien simple, el contratista recibe un provecho en el contrato de gestión de

⁷³⁵ El término “explotar” que utiliza la Directiva Comunitaria sugiere una transmisión de la responsabilidad de gestión del servicio.

⁷³⁶ La razón que justifica la terminología utilizada por nuestro legislador, es que la misma responde a la tradición normativa con la que esta modalidad contractual se ha calificado en nuestro país.

⁷³⁷ Se ha manejado la vigésimo segunda edición de este diccionario.

servicios públicos porque la Administración le encomienda la prestación u organización de un servicio, le transfiere el servicio para que se responsabilice de su gestión. Es indudable que el contratista no podría sacar ningún provecho del contrato si no se encargara de la organización y gestión del servicio. Por lo tanto, en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos el término “*explotación*” debe traducirse en: “*Provecho que recibe un contratista, porque la Administración le encarga la organización de un servicio que le transfiere.*”.

En definitiva, se trata de una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, lo que implica que la titular del servicio sigue siendo la Administración. Hay que recordar que la expresión “Servicio Público” utilizada por la Ley ha de interpretarse en sentido amplio⁷³⁸.

B) *Reflexiones finales en torno a las dos figuras.*

Actualmente decir que mediante el contrato de servicios no se pueden prestar servicios directos a los ciudadanos resulta inaceptable principalmente desde la óptica del derecho comunitario, óptica que como ya se ha visto nunca debe perderse, ya que debe ser el faro que guíe la interpretación del TLCSP y la normativa de contratos públicos en general.

Por otro lado, considerar en el caso del contrato de gestión de servicios públicos que únicamente se encuentra vinculada la retribución del contratista a la prestación del servicio cuando la explotación se hace mediante el sistema de concesión, tampoco se ajusta a la

⁷³⁸ J.J. LA VILLA RUBINA, *El contrato de gestión...*, op. cit., pág. 950, dice que: “Es conocida, en efecto, la multivocidad de la expresión “servicios públicos”. Sin pretensión de mediar aquí en un debate doctrinal prolongado y extraordinariamente complejo, baste indicar, simplificando notoriamente los términos, que aquella expresión es empleada en ocasiones en un sentido amplísimo- el expresado en el párrafo anterior-, mientras que en otras, por el contrario, designa una realidad mucho más restringida, constreñida a los servicios formalmente declarados como tales por una norma con rango de Ley. Pues bien, considero que el Título II del Libro II de la LCAP emplea la noción de “servicios públicos” en el amplio sentido antes indicado (cabe señalar que las conclusiones que hace este autor son predicables a la regulación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público, ya que en este punto no ha variado con respecto a la regulación anterior), tanto porque tal era la tradición legislativa en materia de contratos públicos, la cual no ha sido objeto de rectificación explícita, como porque cuando el legislador quiere emplear la citada expresión en su acepción restringida lo indica expresamente, al objeto de evitar cualesquiera dudas al respecto. Por lo demás tal es el criterio explícitamente acogido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 1999, a propósito de la calificación que debe corresponder a la actividad consistente en la explotación de un aparcamiento situado en el subsuelo del dominio local.”.

realidad normativa de nuestro país⁷³⁹. La solución legislativa comentada resulta lógica ya que en el contrato de gestión de servicios públicos se transfiere el servicio al contratista, quien asume la responsabilidad de su organización y gestión, teniendo unos poderes sobre el servicio transferido mayores que los que dispone el adjudicatario de un contrato de servicios; con la vinculación del contratista a la explotación del servicio se consiguen dos objetivos, el primero, se premia o castiga (en función de los resultados del servicio) la gestión que del servicio hace el contratista; el segundo, es que se consigue una mayor implicación por parte del contratista que verá vinculadas sus retribuciones a los resultados del servicio, premiándose o incentivándose su buena gestión.

Como notas comunes a los dos contratos tenemos que en ambos se encarga al contratista una prestación de hacer, como diferencias más significativas se encuentran que en el contrato de gestión de servicios públicos se transfiere el servicio al contratista⁷⁴⁰, lo que le faculta para explotarlo, al no producirse esa transferencia en el contrato de servicios, el contratista no tiene esa facultad de explotación.

4.5. *Motivos que justifican la diferenciación.*

Si bien el objeto del contrato es distinto, como veremos, las prestaciones de ambos contratos son muy similares. Esta circunstancia hace que existan supuestos dudosos, aunque conceptualmente los dos tipos de contratos se encuentren bien diferenciados⁷⁴¹.

También la noción que de esta modalidad contractual da la normativa comunitaria⁷⁴² acentúa las dudas, ya que la definición comunitaria habla de “*las mismas características*

⁷³⁹ Así el artículo 257.1 de la LCSP, dice que: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá diariamente de los usuarios o de la propia Administración.”.

⁷⁴⁰ Muestra de esa transferencia es que cuando finaliza el contrato el servicio revierte a la Administración (artículo 259 LCSP), acontecimiento que no tiene lugar en el caso del contrato de servicios en el que la Administración no se desapodera del servicio sino que simplemente busca una colaboración del contratista sin transferirle la responsabilidad de la organización del servicio que continúa detentando la Administración.

⁷⁴¹ J.J. LA VILLA RUBINA, *El contrato de gestión...*, op. cit., pág. 950.

⁷⁴² Artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

que el contrato público de servicios⁷⁴³”. Se encuentra una remisión a las prestaciones del contrato público de servicios en la definición que de contrato de concesión de servicios utiliza la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, de Navarra, en este ordenamiento el término utilizado es el de contrato de asistencia, de esta forma el artículo 4.5 de la citada Ley⁷⁴⁴, define el contrato de concesión de servicios, como:

“Se entiende por contrato de concesión de servicios, aquél en el que una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o concedente encarga⁷⁴⁵ a un empresario o profesional denominado concesionario la prestación de un servicio de los enumerados en el Anexo II de esta Ley Foral a cambio de una retribución consistente en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio⁷⁴⁶.”.

Ambas normas utilizan la técnica de la remisión normativa a las prestaciones del contrato de servicios para definir al contrato de gestión de servicios públicos, o de concesión de servicios⁷⁴⁷, admitiéndose por lo tanto las similitudes existentes entre los mismos.

⁷⁴³ La necesidad de abordar el problema desde la óptica del derecho comunitario ha sido destacada por J.M. JIMENO FELIÚ, en *Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos*, trabajo que se encuentra en la obra colectiva coordinada por Juan Cruz Alli Aranguren, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, 2008, pág. 159, alude este autor al contrato navarro de asistencia, señalando que: “Entramos, por tanto, en el vidrioso tema de las “concesiones” y su alcance, que obliga a una depuración conceptual que debe realizarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario...”.

⁷⁴⁴ Es evidente que el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley Foral, es diferente. Pero no debemos olvidarnos que las dos normas comparten varios de sus objetivos. Uno de los principales objetivos que tienen estas dos normas, es la adaptación a la nueva normativa comunitaria, así lo dicen expresamente las exposiciones de motivos de las dos leyes. Es por este objetivo común por el que hacemos alusión a la Ley Navarra, con el fin de comparar soluciones normativas diversas a las obligaciones que de transposición impone la normativa comunitaria.

⁷⁴⁵ También en la legislación Navarra se advierte esa nota de la transmisión de la responsabilidad de la explotación del servicio que vimos en el derecho comunitario.

⁷⁴⁶ J.F. ALENZA GARCÍA, *Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios*, en *Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 459, explica que en Navarra se ha optado por regular la concesión como única modalidad del contrato de gestión de servicios públicos para buscar un mejor acomodo a la normativa comunitaria.

⁷⁴⁷ Utilizando la terminología comunitaria, que también ha sido adoptada por la legislación Navarra. En este caso el legislador Navarro ha optado decididamente por alinearse con la regulación comunitaria, rompiendo con la tradición normativa, abandonando definitivamente el servicio público con elemento definitorio del contrato.

4.6. Criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos.

Se aborda, en este punto, cuales son los criterios de distinción entre estas dos modalidades contractuales, tanto los ofrecidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como los ofrecidos por la doctrina, para finalizar aportando un último criterio de distinción que a mi entender es más certero.

A modo de introducción de este apartado, me gustaría señalar que una de las notas definitorias del contrato de servicios es la heterogeneidad de las prestaciones que comprende, es precisamente esa heterogeneidad la que hace dificultoso buscar criterios de distinción de este tipo con otros con los que guarda similitudes, los contornos del contrato de servicios son tan amplios, y en ocasiones tan desconocidos, que añaden una mayor complejidad a la tarea que se propone en el presente apartado.

Moverse en un terreno nebuloso como el descrito en el párrafo anterior exige tener claros determinados conceptos, los mismos deben servir de referente a la hora de proponer un criterio de distinción adecuado a la realidad normativa actual, es necesario tener claro que el destinatario del servicio puede ser el público (por influencia del derecho comunitario), que en el contrato de gestión de servicios públicos la Administración transfiere el servicio al contratista que asume la responsabilidad de organizarlo y gestionarlo, circunstancia que no se produce en el contrato de servicios.

Finalmente hay que señalar que la determinación de un criterio de distinción ha de realizarse sobre la base de conceptos claros y sólidos, procurando que el criterio propuesto tenga una consistencia adecuada, esta se consigue aposentando el nuevo criterio de distinción sobre las razones de fondo que fundamentan las diferencias que existen entre los distintos tipos contractuales.

1) Criterio del destinatario del servicio: Este criterio se fundamenta en distinguir en función de quien es el destinatario del servicio que presta el contratista, si lo son los usuarios del mismo, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, o si lo es la Administración Pública, lo que hará que se trate de un contrato de servicios. Este

criterio es el que ha asumido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como dice J.J. LAVILLA RUBIRA⁷⁴⁸ citando un Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁷⁴⁹, y varios informes del mencionado órgano consultivo⁷⁵⁰.

Sobre este criterio de distinción (el del destinatario del servicio) cabe señalar que plantea problemas, puesto que no hay precepto legal alguno que impida que en el contrato de servicios el destinatario del servicio prestado por el contratista sea el ciudadano⁷⁵¹, por lo tanto si se toma en consideración este criterio se estarían restringiendo las posibilidades que esta modalidad contractual ofrece a la Administración Pública, su utilización estricta conduciría a una concepción rígida de las posibilidades que ofrece esta modalidad contractual, calificando como contrato de gestión de servicios un contrato por el simple hecho de que el destinatario del mismo sea el ciudadano. Este criterio chocaría con lo dispuesto en la normativa comunitaria con respecto a los contratos de servicios⁷⁵² y de

⁷⁴⁸ J.J. LA VILLA RUBINA, *El contrato de gestión...*, op. cit. pág. 951.

⁷⁴⁹ Así, en el Punto Primero del Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios, cuya publicación se acordó por Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, que se publicó en el BOE número 145, de 18 de junio de 1991, se señala lo siguiente: “ El artículo 3 del Decreto 1005/1975 define el objeto del contrato de asistencia y en su aplicación es de señalar que debe evitarse la confusión, que frecuentemente se advierte, con el contrato de gestión de servicios públicos, cuyo concepto se determina en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contratos del Estado y que difieren sustancialmente entre sí, no debiendo confundirse la explotación de la gestión de un servicio público, con la prestación de un servicio por un tercero a la Administración...”.

⁷⁵⁰ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, de 24 de octubre; 41/1995, de 21 de diciembre, y 4/1996, de 7 de marzo, recientemente podemos aludir al informe 57/07, de 24 de enero de 2008 en el que la Junta dice que: “Del análisis de las diferentes modalidades de contratos que se engloban dentro de la categoría de contratos de servicios puede deducirse la existencia de una circunstancia común, en todos ellos el destinatario directo de la prestación contractual es el propio órgano contratante y no un particular o un grupo de particulares.”.

⁷⁵¹ Pensemos, por ejemplo, en un servicio de información tributaria, en el que se contrata con una empresa que la misma sea la que proporcione directamente la información sobre esa materia al ciudadano; en este caso el destinatario del servicio es el ciudadano y no nos encontraríamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, sino ante un contrato de servicios. Otro ejemplo, lo encontramos en los teléfonos de información telefónica de que disponen las Administraciones Públicas, el 060, para la Administración General del Estado; el 012, en el caso por ejemplo de la Comunidad de Madrid; o el 010 para el Ayuntamiento de Madrid. Aquí los destinatarios directos del servicio son los ciudadanos, pero nos encontraríamos ante un contrato de servicios.

⁷⁵² El artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, señala que: “Son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.”.

concesión de servicios⁷⁵³, normativa que en ningún caso los distingue en función de quien es el destinatario de la prestación⁷⁵⁴.

Es evidente que la calificación del contrato es esencial, puesto que de la misma se deriva una *vis atractiva* hacia uno u otro tipo de regulación, la trascendencia de la calificación se acentúa al hablar de la distinción entre estas dos modalidades, ya que el contrato de concesión de servicios⁷⁵⁵ carece de regulación en el derecho comunitario; mientras que el contrato de servicios si que dispone de una regulación que impone una serie de obligaciones a los países miembros, en particular en materia de publicidad, procedimientos de licitación, etc..., normas que se estarían incumpliendo en el caso de una calificación errónea. No puedo dejar pasar por alto que en Navarra el criterio del destinatario del servicio parece que ha sido objeto de un rechazo frontal, puesto que la Ley Foral reguladora de la materia⁷⁵⁶ al definir el contrato de asistencia⁷⁵⁷, dice en su artículo 4.3 que:

“Se entiende por contrato de asistencia⁷⁵⁸ aquél celebrado por una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o contratante, y distinto de los contratos de obras o de

⁷⁵³ El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, señala que: “La concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien dicho en dicho derecho acompañado de un precio.”.

⁷⁵⁴ Si bien es cierto que la Directiva de Contratos sólo define la concesión de servicios, no es menos cierto que si que se ocupa de definir el contrato de servicios, que encuentra en esta norma una regulación de detalle, al definirlo el legislador comunitario no limita su ámbito a los servicios que recibe la Administración, no impidiendo por lo tanto que el destinatario del servicio sea el público en general,

⁷⁵⁵ Que es como el legislador comunitario califica a nuestro contrato de gestión de servicios públicos. La razón de esta denominación, la debemos buscar en que la regulación comunitaria pretende homogeneizar toda la normativa de todos los países miembros, debe por lo tanto armonizar la normativa de países de directa influencia Francesa, como España, con otros de la órbita anglosajona como Inglaterra, o Italia. Por ese motivo huye de categorías dogmáticas, difícilmente comprensibles en países del derecho común.

⁷⁵⁶ Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. (publicada en el B.O.E. núm. 158, de 4 de junio de 2006).

⁷⁵⁷ Recordemos que el contrato de asistencia navarro, es homologable, al contrato de servicios que regula la Ley de Contratos del Sector Público. Lo único que le legislador Navarro al igual que hizo el nacional con la anterior Ley, con el contrato de consultoría y asistencia ha decidido buscar un nombre diferente para esa categoría.

⁷⁵⁸ Con el nombre de asistencia es con el que se conoce en Navarra a nuestro contrato de servicios. En este caso, y sin perjuicio de las bondades que presenta la regulación Navarra, el legislador ha optado por una denominación que se separa del derecho comunitario regulador de la Contratación Pública, como es la de

suministro, mediante el que se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la presente Ley Foral, *bien al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general.*”.

Como se ve de la lectura de este precepto, la normativa Navarra, rechaza de una manera clara y rotunda el criterio del destinatario del servicio, al permitir que el servicio se preste: al contratante (Administración), a un tercero, o al público en general. Pudiendo ser por lo tanto destinatarios del contrato de asistencia: la Administración, un tercero, o el público en general.

Hay que lamentar que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no haya sido tan explícita al abordar la definición del contrato de servicios, pero lo que es indudable es que la Ley no obliga a que el destinatario del servicio sea la Administración Pública; creo que en este supuesto cabría aplicar que el viejo aforismo de que: “cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir.”.

Por lo que respecta al fundamento del criterio de distinción comentado (el del destinatario del servicio) cabe señalar que puede que en algún momento histórico determinado el mismo fuera certero, ya que como ha quedado apuntado el contrato de servicios tiene su origen en el derecho español en la necesidad de proporcionar apoyo a la Administración por parte de los contratistas para el desempeño de sus obligaciones, cubriendo inicialmente sus necesidades internas⁷⁵⁹. Pero actualmente el Sector Público ha de desenvolverse en un mundo complejo al que este Sector y el derecho deben dar respuesta⁷⁶⁰, es precisamente esa complejidad la que hace que el Sector Público tenga que hacer más intervenciones, para cuya realización ha de utilizar todos los mecanismos que le ofrece el ordenamiento jurídico no debiendo auto-limitarse a priori, además ya se ha visto, por influencia del derecho

contrato de asistencia. Considero que esta solución no es correcta ya que lo deseable para la creación del mercado común es no solo la unidad dogmática, sino también la terminológica.

⁷⁵⁹ Mediante el contrato de servicios, en su origen, se cubrían las carencias de la Administración, esto es aquellas actividades que la Administración no podía hacer frente con sus propios medios, se contrataban o canalizaban por medio del contrato de servicios.

⁷⁶⁰ M. BALLBÉ, *El futuro del derecho administrativo... op. cit.*, págs. 215 y sig..

comunitario, que actualmente resulta inaceptable negar que mediante el contrato de servicios se pueden prestar servicios al público.

Como bien sabemos, el derecho comunitario ha sido el motor de muchos de los cambios que se han producido en materia de contratación, algunos de esos cambios eran cambios conceptuales⁷⁶¹, me atrevo a decir que uno de esos cambios conceptuales es el que afecta a las líneas de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, en los términos que se han comentado. La normativa comunitaria obliga a reinterpretar las bases institucionales de la distinción entre ambos contratos, abandonando los criterios anticuados en los que se fundamentaba la anterior distinción. Actualmente, mediante el contrato de servicios no sólo se cubren necesidades internas, sino que su existencia se justifica en el cambio de concepción que se ha producido actualmente del Sector Público, es decir el contrato comentado es un mecanismo para lograr las metas marcadas por la sociedad al Sector Público, ya que mediante el mismo se conciertan prestaciones para las cuales se requiere una alta cualificación profesional, o servicios a un menor coste. Por lo tanto el contrato de servicios se presenta actualmente como una herramienta para impulsar el cambio de la cultura administrativa que parece que demanda el contexto histórico presente⁷⁶².

En base a todas las consideraciones realizadas se debe rechazar el criterio de distinción del destinatario del servicio, puesto que en el momento actual el mismo se demuestra claramente desfasado⁷⁶³.

⁷⁶¹ A modo de cambio conceptual, podemos citar la prohibición que antes existía de celebrar contratos típicos entre las Administraciones Públicas. Actualmente cuando las prestaciones coinciden con las de uno de los contratos típicos, la vía no es la tradicional del convenio de colaboración, sino la del contrato administrativo que corresponda, en función de su objeto.

⁷⁶² Dentro de este contexto histórico aparecen vectores bien conocidos, como la contención del gasto público, el cambio de percepción que tienen los ciudadanos de la Administración (Sector Público), o las necesidades que plantea el continuo cambio tecnológico que se produce en la sociedad de la comunicación y del conocimiento.

⁷⁶³ Se podría decir que en el momento actual el criterio del destinatario del servicio se encuentra históricamente desfasado. Así la evolución del entorno regulatorio hace que las categorías jurídicas se modifique y evolucionen quedando desfasadas en determinadas ocasiones.

Hay que realizar una reflexión, en concreto, pasando al plano práctico, piénsese que por aplicar el criterio del destinatario del servicio a un contrato que por su cuantía se encuentra sometido al derecho comunitario y que por la aplicación del mencionado criterio se eluda el sistema de publicidad y licitación comunitario; en el caso de que se impugnara la adjudicación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal condenaría al Estado Español rechazando ese criterio de distinción⁷⁶⁴. Un hecho como el expuesto conduciría a la existencia de un doble criterio de distinción (ya que por debajo de los umbrales comunitarios los Estados tienen autonomía para configurar sus contratos), esto no sería nada recomendable, desde el punto de vista dogmático, ya que estaríamos ante una situación esquizofrénica diluyéndose las fronteras entre los dos tipos de contratos, creándose dos subespecies de contratos de gestión de servicios públicos en función de que sus cuantías se encuentren o no dentro de los umbrales comunitarios, sobre este tema volveré.

Finalmente apuntar que como se ha visto al analizar la evolución histórica del contrato de gestión de servicios públicos y del de servicios admitir desde el 1 de julio de 1993 que el contrato de servicios debe ser utilizado exclusivamente para la prestación de servicios a la Administración constituye un anacronismo histórico, que en ningún caso responde a la realidad del tipo contractual, a su morfología jurídica básica. Actualmente el contrato de servicios puede utilizarse con toda normalidad para la prestación de servicios a los ciudadanos. Por lo que las razones de la distinción entre ambos tipos deben buscarse en un lugar distinto, sobre otras bases conceptuales diferentes, ya que como ya se ha visto puede que las mismas tuvieran sentido en un momento histórico determinado, pero no en el momento actual.

2) *Otro criterio de distinción parcial*: El contenido económico del contrato de gestión de servicios públicos que lo debe hacer susceptible de explotación por empresarios particulares.

⁷⁶⁴ Ha sido, lamentablemente, una constante histórica de la evolución normativa de nuestro derecho de la contratación pública, el hecho de que las novedades o reformas normativas se han introducido debido a condenas que se han producido por parte del Tribunal de Justicia de la Unión.

Se debe ofrecer otro criterio de distinción de carácter parcial, advirtiendo previamente su carácter parcial y no absoluto, ya que el mismo sirve como criterio excluyente de la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos pero en ningún caso es determinante de su existencia.

Se puede apuntar que para que se pueda hablar de la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos es necesario que el servicio cuya gestión se encomienda al contratista tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares así se infiere de lo dispuesto en el artículo 275.1 del TLCSP⁷⁶⁵ y del artículo 281.1⁷⁶⁶ que vinculan la retribución del contratista a la utilización del servicio, vinculación que se justifica precisamente en la necesidad de hacer efectivo el derecho a la explotación, y el artículo 282.2⁷⁶⁷ de la Ley que obliga en el caso de modificación del contrato a mantener el equilibrio económico del mismo.

Por lo tanto, para que pueda plantearse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos, lo primero que tiene que hacer el operador jurídico que se enfrenta a esa diatriba es precisamente dilucidar si el servicio de que se trata tiene un contenido económico que lo haga susceptible de explotación⁷⁶⁸, porque en el caso contrario no se trataría de un contrato de gestión de servicios públicos, sino que en todo caso se trataría de un contrato de servicios. De esta manera la existencia de un contenido económico en el contrato que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares, juega como un criterio de distinción parcial (ya que la prestación si tiene un contenido económico debe valorarse si es

⁷⁶⁵ El artículo 275.1 del TLCSP dice que: “La Administración podrá gestionar directamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares....”.

⁷⁶⁶ El artículo 281.1 del TLCSP dice que: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización....”.

⁷⁶⁷ El artículo 258.2 del TLCSP dice que: “Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.”.

contrato de servicios o de gestión de servicios públicos, mientras que si no lo tiene se tratará de un contrato de servicios) y no absoluto ya que como se ha visto la existencia de un contenido económico no resuelve la problemática principal planteada en estas líneas, es decir la existencia de un contenido económico en el contrato no justifica su calificación como contrato de gestión de servicios públicos.

Abundando en todo lo dicho me gustaría bajar de intensidad toda la argumentación anterior, desmitificarla, en la medida de lo posible, ya que dentro de las prestaciones del contrato de gestión de servicios públicos se pueden distinguir unas que tienen intrínseco un contenido económico, y otras a las que le puede dotar de ese contenido económico la propia Administración⁷⁶⁹; desarrollando esta idea se puede decir que en aquéllos casos en los que la Administración opte por dotar de un contenido económico al contrato debe vincular la retribución del contratista al uso del servicio, ya que así lo exige el artículo 281.1 del TLCSP.

Por lo tanto el dotar de un contenido económico a un determinado servicio público es una opción que se encuentra en manos del órgano de contratación cuando el servicio no posee dentro de su naturaleza ese contenido⁷⁷⁰.

3) *Criterio de la existencia de tarifa*: El profesor LAVILLA RUBIRA, J.J. ofrece con carácter complementario otro criterio de distinción que es el criterio de la existencia o no de

⁷⁶⁹ En este sentido se puede señalar que una de las clasificaciones que se hacen de los servicios públicos es la que distingue entre servicios públicos asistenciales y sociales y servicios públicos de carácter económico, es indudable que en los segundos el contenido económico se encuentra intrínseco al propio servicio, mientras que en los primeros no resulta tan claro ese contenido lo que obligará a la Administración a dárselo si es que lo quiere licitar como contrato de gestión de servicios públicos. Sobre la citada clasificación puede consultarse a F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en derecho español*, Revista de Administración Pública, núm. 135, 1994, pág. 23. También J.M. BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, décima edición, Civitas, 1991, pág. 219, clasifica a los servicios públicos en servicios con fin lucrativo (económicos) y sin fin lucrativo, dentro de los cuales, entiendo que podría encuadrarse a los asistenciales.

⁷⁷⁰ A modo de ejemplo se puede citar el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 30 de junio de 2000 por el que se resuelve discrepancia. Contrato de Gestión de Servicio Público. Convenio de Colaboración, en síntesis se había celebrado un convenio con una fundación para prestar un servicio asistencial a drogodependientes, este servicio no tiene intrínseco un contenido económico, si bien la Administración le dotó de este contenido al establecer un coste plaza día. Esto constituye un ejemplo que ilustra perfectamente lo que se ha concluido, en el sentido de que cuando el servicio no tiene intrínsecamente un contenido económico, la Administración se lo puede conceder con toda normalidad.

tarifa⁷⁷¹, dice este autor que cuando la tarifa existe, el contrato en ningún caso podrá calificarse como de servicios y sí por el contrario, como de gestión de servicios públicos. Ahora bien la afirmación inversa no es necesariamente cierta. Esto es, pueden existir contratos de gestión de servicios públicos en los que el concesionario no sea retribuido mediante tarifa a pagar por los usuarios. Criterio este de distinción que encuentra un encaje perfecto en nuestro ordenamiento jurídico, así el artículo 281.1, dice que:

“El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”.

El principal problema que plantea este criterio de distinción consistiría en que el mismo tiene un carácter parcial, puesto que no podría aplicarse a esos contratos en los que el contratista es retribuido directamente por la Administración, sin percibir tarifa alguna de los usuarios del servicio.

Por lo tanto el criterio aportado es correcto, pero su carácter parcial debe conducir a la búsqueda de otro criterio más adecuado que pudiera aplicarse a todos los supuestos en los que surgieran dudas.

4) *El criterio del Servicio Público.* Aunque resulte evidente, creo que por las características del trabajo me veo obligado a aludir a un criterio básico para dilucidar si el contrato es de servicios o de gestión de servicios públicos, cual es para que se dé el segundo tipo es necesario que la prestación que se contrate pueda ser calificada como servicio público⁷⁷².

⁷⁷¹ J.J LA VILLA RUBINA, *El contrato de gestión...*, op. cit. pág. 951.

⁷⁷² R. PAIS RODRIGUEZ y L. REBOLLO DELGADO, *Introducción al derecho público I*, Manuales Jurídicos Dykinson, 2009, pág. 318, dicen que: “El primer criterio delimitador del servicio público es del distinción entre funciones públicas y servicios públicos. Son funciones públicas las actividades propias del Estado que implican el ejercicio de potestades administrativas. Serían servicios públicos el resto de actividades asumidas por el Estado pero que también podrían ser desempeñadas por particulares. Este criterio permite depurar el concepto de servicio público de gran parte de la actividad administrativa- la defensa y la justicia, por ejemplo, son funciones públicas, pero el transporte es un servicio que puede ser prestado por particulares o por la Administración, en cuyo caso será un servicio público-. Pero debido fundamentalmente a diferencias ideológicas, quedan actividades que la Administración puede desempeñar y respecto de las que reina el desacuerdo sobre si deben considerarse servicios públicos. Este es el caso de la mayor parte de los de naturaleza asistencial o social, como la sanidad y la educación, que el Estado asumió sin carácter exclusivo en el siglo XIX para suplir la falta de iniciativa privada.”. Lo anterior debe matizarse si se tiene en cuenta que se

Entrar, en este trabajo, a exponer la teoría del servicio público resulta imposible, para entender a que nos enfrentamos basta con citar a ALLESI quién decía que había tantas definiciones de servicio público como autores que se habían acercado al concepto⁷⁷³.

En todo caso el hecho de que la actividad pueda ser calificada como servicio público, no resuelve necesariamente el problema de la calificación jurídica del contrato.

Me gustaría advertir que el concepto de servicio público es un concepto discutido a lo largo de la historia, en torno al mismo se han generado todo tipo de debates doctrinales, no siendo este el lugar para tratarlos; no obstante sí que es cierto que al ser un concepto muy difícil de distinguir máxime en el momento actual en el que alguna de sus fronteras se están diluyendo⁷⁷⁴, no parece aconsejable montar la distinción entre ambos tipos contractuales sobre la base del mismo, ya que en ese caso nos estaríamos moviendo sobre arenas movedizas.

puede producir un ejercicio privado de funciones públicas, en este sentido F. SAINZ MORENO, recuerda que el mismo se puede producir en dos clases de supuestos: de un lado, a algunas actividades, que por haber adquirido un significado público especial, el Estado las asume como funciones públicas y las integra en el conjunto de servicios, de los que se hace responsable, aunque manteniendo en gran parte el carácter profesional probado de quienes las ejercen; de otro, al ejercicio de algunas profesiones que por las condiciones en que se realizan exige la utilización de potestades administrativas.”. Ver F. SAINZ MORENO *Ejercicio privado de funciones públicas*, Revista de Administración Pública, núm. 100, 1983, págs.. 1700 y sig.

⁷⁷³ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública núm. 150, 1999, pág. 58, dice que: “Por eso dice (Alessi) que del servicio público hay tantas definiciones como autores y que esta multiplicidad de acepciones ha terminado por convertir el concepto en “una expresión equívoca”.....”.

⁷⁷⁴ Sobre la evolución del concepto de servicio público y su configuración en el momento actual, son muy interesantes las afirmaciones realizadas al respecto por el Abogado General Sr. D. RUIZ JARABO COLOMER, en las conclusiones presentadas en el asunto C-265/08, del 20 de octubre de 2008, que dice que: “En los albores del Estado Providencia, ciertos entornos económicos se sustrajeron de la lógica del mercado con la finalidad de reducir la distancia entre el “espacio vital dominado” y el “espacio vital efectivo”. En nombre de valores no estrictamente económicos- consagrados en la clásica noción jurídica continental del servicio público. Se intensificó la intervención estatal en algunos ámbitos, se crearon monopolios y se reforzó la regulación.....A partir del Acta Única Europea, cuando se entroniza “en el altar de las ideas políticas” un nuevo ídolo, la competencia, el servicio público se erige en un obstáculo que hay que superar en aras de una liberalización en la que se depositan todas las esperanzas.....La implantación de un mercado abierto constituye el primer paso de esta política, pero tras la eliminación de las barreras persisten ciertas necesidades que el mercado no es capaz de atender por sí solo. Nace así una intervención pública, con forma de “servicios de interés general” y de “obligaciones de servicio público”, que las autoridades imponen a las empresas de los sectores liberalizados para salvaguardar los intereses públicos cuya satisfacción, por ser irrenunciable, no puede dejarse al libre juego de las fuerzas del mercado.”.

La noción de servicio público⁷⁷⁵, como criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, debe matizarse o mejor dicho contextualizarse en el ordenamiento jurídico en el que mueve España actualmente, diferenciando entre:

a) El uso de la noción de servicio público en el ordenamiento jurídico español: Debe advertirse que la noción de servicio público es manejada con toda normalidad en los ordenamientos jurídicos de directa influencia francesa⁷⁷⁶, entre los que se encuentra el español, siendo útil a nivel interno para diferenciar el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos.

b) El uso de la noción de servicio público en el ámbito comunitario⁷⁷⁷: Al tener que armonizar el legislador comunitario ordenamientos jurídicos de distinta procedencia, prefiere hacer uso del concepto de servicios de interés económico general o servicio de interés general⁷⁷⁸, que jugaría como una especie de *supra-concepto* que englobaría al

⁷⁷⁵ J. GASTÓN, *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1949, págs. 3 y sig.: ...indica que en todos los países civilizados, la Administración Pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general: defensa nacional, policía, justicia, tránsito, etc...

⁷⁷⁶ F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público* op. cit., dice que: “El concepto de Service Public, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada a España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia.”.

⁷⁷⁷ Sobre la diversidad que implica el concepto de Servicio Público en los países miembros de la Unión Europea, M. BULLINGER, *El service public y la daseinsvorsorge en Alemania*, Revista de Administración Pública, núm. 166, 2006, pág. 35, dice que: “Un examen más preciso proporciona la impresión de que el service public francés y la Administración prestacional alemana en la forma de la Daseinsvorsorge no solamente surgieron históricamente de diferentes fuentes, sino que también siguieron distanciándose en su desarrollo.”. E. MALARET I GARCÍA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998, pág. 50, dice que: “Si bien es cierto que es imposible el dar una definición de la noción de servicio público que sea útil para todos los países europeos también lo es que existe, en el conjunto de los Estados de la Comunidad, un realidad común, bien que vaporosa, que puede converger en el término servicios públicos. Estas actividades tienen como denominador común el hecho de ser consideradas de interés general o utilidad pública y, en cuanto tales, ser aseguradas por organizaciones de Derecho público o privado que se encuentran sometidas a un control o a una intervención particular por parte del Estado.”:

⁷⁷⁸ Tal y como ha declarado la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general, Bruselas 21/5/2003, el término servicio de interés general no es usado por el tratado, sino que en el tratado únicamente se alude a los servicios de interés económico general, por otro lado en el documento señalado la Comisión considera que no es conveniente acuñar una definición única de los servicios de interés general, ya que la misma varía en función de la cultura normativa de cada país miembro, haciendo esta diversidad poco aconsejable una definición única.

servicio público⁷⁷⁹. Por lo tanto el concepto de servicio público no tendrá la misma trascendencia cuando la regulación de que se trate entre en conflicto con la norma comunitaria, en ese momento el concepto de servicio público se diluye a favor de concepto comunitario.

c) *Solución adoptada por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo*: La Directiva, consciente de la complejidad del concepto y de la diversidad de soluciones legislativas existentes en los países miembros, ha optado por no vincular la delimitación legal de la concesión de servicios al concepto de servicio público, sino que se centra en el fondo del negocio jurídico que se crea mediante la concesión que no es otro que una transferencia al contratista de la organización de la explotación del servicio (elemento sustantivo), asumiendo el contratista todos los beneficios y riesgos económicos derivados de la explotación (elemento económico del contrato). Así se ve claramente de la lectura del artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, que dice que:

“La “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”.

Dice el precepto que el contrato tiene las mismas características que el contrato de servicios (renunciando de esta forma a hacer uso para la definición de la noción de servicio público o de servicio de interés económico general), como contrapartida el contratista explota el servicio, o recibe ese derecho acompañado del pago de un precio (fondo del negocio jurídico).

⁷⁷⁹ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público...*, op. cit. págs.. 63 y sig., dice que: “La expresión servicio público brilla, como es sabido, por su ausencia en el Tratado de la Unión Europea (y en sus versiones precedentes; con la única excepción del art. 77- hoy 73-, relativo a los transportes). No tiene por qué sorprenderé esta ausencia porque el concepto no es general, sino privativo de algunos Estados miembros, que han canalizado a lo largo de su historia preferentemente (aunque no exclusivamente, como ya hemos visto) por la vía de la publicatio formal de algunas actividades su respuesta a un problema que sí es general y común a todos ellos, cubrir la distancia existente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo, y que los demás han salvado por la vía alternativa de la regulación de las actividades en cuestión.”.

Toda esta situación expuesta llega al terreno del conflicto cuando el contrato de que se trata rebasa los umbrales comunitarios, en este caso se impone el uso de los distintos conceptos jurídicos que se vienen manejando, siendo el juego el siguiente:

- Si la prestación que se contrata no es de servicio público, aunque se transfiera al contratista la organización o explotación del servicio y los riesgos derivados de la misma el contrato será de servicios (jugaría, en este caso, la vis atractiva de la noción nacional de servicio público en su vertiente negativa), se llega a esta solución por dos motivos, el primero, es que resulta inaceptable que en un ordenamiento jurídico como el español se desconozca la noción de servicio público; y la segunda, es que calificado el contrato como de servicios se da al mismo una mayor publicidad, lo que aumenta la concurrencia.
- Si la prestación que se contrata es de servicio público, pero se transfiere la explotación y no el riesgo asociado a la misma el contrato deberá ser calificado de servicios, como se verá más adelante.

Para finalizar apuntar que ha sido estudiado por muchos autores la crisis de la noción de servicio público, si se me permite el atrevimiento se puede decir que es una noción en continua crisis⁷⁸⁰, constituyendo la noción de servicio público una solución técnica que se aplica a determinados sectores de la actividad administrativa, lo que se acaba de comentar acerca de la aplicación del concepto de servicio público al campo de la contratación administrativa no es sino una manifestación de la devaluación que ha experimentado la noción de servicio público en el ámbito de la contratación pública, que se ha visto claramente influenciada por la normativa comunitaria, haciéndola esta normativa perder parte de su valor.

⁷⁸⁰ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la...*, op. cit. pág. 57, dice que: "Cuando esta Revista inicia su camino, hace ahora medio siglo, la estrella del servicio público ya había comenzado a declinar en Francia, como testimonio Morange (*Le decline de la notion de service publique, París, 1954*), que oficializó su crisis."

5) Un nuevo criterio de distinción del contrato de servicios del de gestión de servicios públicos ofrecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Un paso más hacia el abandono del criterio del destinatario del servicio.

Introducción: Últimamente se aprecia un intento de abandono del criterio destinatario del servicio por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁷⁸¹, este órgano consultivo está ofreciendo nuevos criterios de delimitación conceptual del contrato de servicios y del de gestión de servicios públicos que, en cierto modo, suponen un abandono del criterio del destinatario del servicio, que es el que se venía utilizando hasta ahora.

Del informe de la Junta Consultiva que se comenta en estas líneas se advierte un reconocimiento implícito del carácter variable que tienen las categorías jurídicas, que se muestran como instrumentos técnico- jurídicos en manos de los poderes públicos, teniendo un ámbito de discrecionalidad normativa que les permite configurar el contrato de una u otra manera⁷⁸².

No obstante, este nuevo intento de distinción realizado por la Junta se echa de menos un criterio de distinción que abunde en las razones de fondo que subyacen en la diferenciación entre ambos tipos de contratos. Me reafirmo en las ideas que he venido planteando a lo largo de todo el trabajo, esto es que la distinción entre ambos tipos contractuales para que sea sólida y perviva a lo largo del tiempo⁷⁸³ debe fundamentarse en criterios sólidos, en razones de fondo, en la base de la diferenciación entre los tipos contractuales, siendo precisamente este abundamiento el que falta en las consideraciones realizadas por la Junta.

Doble criterio de distinción manejado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

⁷⁸¹ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 64/09, de 26 de febrero de 2010.

⁷⁸² Se verá de que forma la Junta Consultiva permite que el contrato se configure de una u otra manera, en función de una serie de variables legales.

⁷⁸³ La pervivencia y longevidad de las formas de interpretar y calificar los diferentes tipos de contratos redundan en el principio de seguridad jurídica. No obstante, es cierto que las normas y su interpretación evolucionan al igual que lo hace el entorno regulatorio en el que se desenvuelven, provocando este entorno una obsolescencia de las interpretaciones que pueden variar para adaptarse a los nuevas nociones.

El TRLCSP está impactando en determinados ámbitos de la contratación pública sirviendo de acicate para potenciar cambios conceptuales en la materia regulada. Uno de esos cambios se advierte en la conceptualización de la figura del contrato de servicios, siendo exponente de lo anterior el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 64/09, de 26 de febrero de 2010 que se analiza en este apartado. En el mismo el órgano consultivo se enfrenta a la calificación jurídica de un contrato que tiene por objeto la contratación de un servicio de salvamento y vigilancia en playas, manejándose para la calificación del contratos tres tipos diferentes de contratos, a saber el de servicios, el de gestión de servicios públicos o el administrativo especial.

La Junta emplea para analizar la calificación jurídica del contrato y su consideración como contrato de servicios un doble criterio, que en este trabajo califico de criterio preferente y criterio subsidiario.

1º). Criterio preferente o criterio de la vinculación: La Junta Consultiva de Contratación Administrativa reproduce el artículo 10 del TLCSP destacando la vinculación que existe entre la definición contenida en ese precepto y el anexo II de la Ley y el Reglamento Comunitario regulador del vocabulario común de los contratos públicos⁷⁸⁴. De esa manera si la prestación que se pretende contratar se encuentra en alguno de los lugares señalados anteriormente, el contrato puede ser calificado como de servicios⁷⁸⁵. Estas afirmaciones son matizadas posteriormente por la Junta, en los términos que se explicarán más adelante.

2º) Criterio subsidiario: Advierte la Junta que el criterio de la vinculación falla cuando la prestación que se pretenda contratar se pueda incluir en la categoría 27 del anexo II que lleva por rúbrica “otros servicios”. En este caso la prestación objeto del contrato se convierte en una prestación amorfa⁷⁸⁶, desde el punto de vista de lo previsto en el anexo II.

⁷⁸⁴ Dice: “...en principio, para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios deberemos analizar previamente si su objeto está incluido en alguna de las categorías mencionadas en los apartados 1 a 27 del Anexo II.”.

⁷⁸⁵ Este criterio de la vinculación también ha sido manejado en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/09, de 1 de febrero de 2010.

⁷⁸⁶ El carácter amorfo viene determinado por la dificultad de tipificar la prestación en base al anexo II de la Ley.

Cuando sucede lo anterior la Junta aporta otro criterio que se puede calificar de criterio de la caracterización del contrato de servicios, en base al mismo la Junta hace un esfuerzo por resaltar las notas definitorias del contrato de servicios, con el fin de que en base a las mismas se pueda calificar prestaciones amorfas como contratos de servicios. Los rasgos definitorios del contrato son los siguientes:

- a) Que se trate de una prestación de hacer.
- b) Que no consista en la ejecución de una obra o de un suministro (aunque los suministros por regla general son prestaciones de dar, el contrato de fabricación es una prestación de hacer).
- c) Que sirva de instrumento auxiliar para el ejercicio de una competencia de la Administración contratante.

Finalmente, la Junta reconoce el carácter intercambiable o mutable que tienen el contrato de servicios y el de gestión de servicio público, señalando que en función de la decisión que adopte la Administración de traspasar o no el riesgo asociado a la gestión del servicio, el contrato puede ser calificado como de servicio o de gestión de servicio público⁷⁸⁷.

Consideraciones finales: Es de destacar el nuevo criterio de distinción manejado por la Junta Consultiva, así como el reconocimiento del carácter intercambiable del contrato de servicios y del de gestión de servicios públicos, en función de que se traspase o no al contratista los riesgos asociados al servicio. No obstante, se lamenta que la Junta no abunde en las razones de fondo de la distinción entre los dos contratos comentados, que no son otras que en el contrato de gestión de servicios públicos se traspasa al contratista la explotación y organización del servicio, sirviendo las diferentes modalidades de contrato para determinar el reparto de riesgos económicos asociado a la explotación y organización del mismo.

⁷⁸⁷ Dice que la Junta: “En consecuencia, la actividad de socorrismo y de salvamento en las playas objeto de este informe debe considerarse susceptible de ser prestada bien directamente por la Corporación Municipal, bien utilizando el auxilio de los servicios de un contratista (contrato de servicios), bien, finalmente, mediante la gestión indirecta en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley y de modo especial mediante la utilización de fórmulas que permitan al concesionario asumir el riesgo inherente a la gestión del servicio.”.

6) *Último criterio de distinción. El criterio del titular de la explotación del servicio, o responsable de la organización.* El carácter desfasado de uno de los criterios de distinción⁷⁸⁸, y el parcial de los otros⁷⁸⁹, obligan a buscar otro criterio de distinción que no adolezca de la problemática que planteaban los criterios expuestos anteriormente. Yo me inclino por usar como criterio de distinción el criterio del titular de la explotación o responsable de la organización, criterio que resulta actual, y no presenta un carácter parcial, pudiendo aplicarse para distinguir todo tipo de contratos de servicios y de gestión de servicios.

Este criterio consistiría en diferenciar el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos, en función de quien sea el titular o responsable de la explotación del servicio⁷⁹⁰. Este criterio se apoyaría en lo establecido en la normativa comunitaria, en concreto en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que habla de que la contrapartida en el contrato de concesión de servicios consiste en la explotación del servicio, o en dicho derecho acompañado del cobro de un precio⁷⁹¹. También encuentra apoyo en la

⁷⁸⁸ En concreto del criterio del destinatario del servicio....Los servicios de interés económico general a que alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende, como ha advertido con acierto Villar Ezcurra.”.

⁷⁸⁹ El criterio de la existencia de tarifas.

⁷⁹⁰ Debo advertir que recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha aludido a un nuevo criterio de distinción del contrato de servicios del de gestión de servicios públicos, cuando éste último se explota en régimen de concesión, este nuevo criterio habla de la asunción del riesgo de la explotación del servicio en el caso del contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión. Debo señalar que el criterio apuntado se usa sólo para el caso de la concesión, en el que se produce la asunción del riesgo de explotación por parte del contratista, no siendo ese el caso del concierto o de la gestión interesada o de la sociedad de economía mixta. También es importante advertir que el criterio apuntado es diferente al que nosotros proponemos, ya que hablamos de titularidad de la explotación del servicio; no obstante considero que lo realmente importante, en este caso, es que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, comienza a abandonar el criterio del destinatario del servicio para buscar criterios más actuales, aunque los mismos tengan un carácter parcial, ya que no puede utilizarse para diferenciar todas las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos. (por último apuntar que el mencionado criterio se maneja por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/08, de 31 de marzo de 2009).

⁷⁹¹ El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “La “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que cuando habla de la concesión de servicios alude a: “...una transferencia de responsabilidad al concesionario...concluyendo que al no existir transferencia, se trataba de un contrato público⁷⁹²”, y en lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así el artículo 275.1 de la Ley, dice que:

“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de *explotación* por particulares...”.

Como consecuencia de esa titularidad de la explotación del servicio el contratista debe cuidar del buen orden del servicio⁷⁹³, indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de su funcionamiento, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración⁷⁹⁴. Hay en el contrato de gestión de servicios públicos, un desplazamiento en la titularidad de la explotación del servicio o responsabilidad de la organización⁷⁹⁵, siendo el servicio de titularidad de la Administración⁷⁹⁶, como consecuencia de esa titularidad la Administración conserva poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del mismo⁷⁹⁷, y una vez finalizado el plazo establecido en el contrato el servicio (o si se prefiere la organización del servicio) revierte a la

⁷⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de noviembre de 1998, asunto BFI Holding.

⁷⁹³ Artículo 280. b, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁷⁹⁴ Artículo 280.c, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁷⁹⁵ En este sentido cabe citar el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 11/08, de 15 de octubre de 2008 que dice que: “...un contrato de gestión de servicio público, que por esencia implica entregar la prestación de un servicio de titularidad de la Administración a un contratista, durante un plazo de tiempo...”.

⁷⁹⁶ Artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.”. G. ARIÑO ORTIZ, *Servicio público y libertad de empresa. La delegación en el sistema eléctrico*, Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989, pág.75, dice que: “Como él ha tratado mejor que nadie (refiriéndose a Villar Palasí), es nota común a los servicios públicos la existencia de un poder interno de modalización y control de la prestación que tiene siempre la Administración titular de aquéllos.”.

⁷⁹⁷ Artículo 281.2 del TRLCSP.

Administración⁷⁹⁸. Por lo tanto se debe distinguir en el contrato de gestión de servicios públicos, entre titular del servicio que es siempre la Administración, y titular de la explotación del servicio o responsable de la gestión, que es el contratista, se puede hablar, en contrato de gestión de servicios públicos de una disociación correspondiendo la titularidad del servicio a la Administración y la gestión al contratista⁷⁹⁹.

En aplicación de este criterio, cuando la titularidad de la explotación del servicio le corresponda a la Administración, los contratos que esta pueda celebrar y cuyo objeto se encuentre entre los que recoge el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como de Servicios⁸⁰⁰, son contratos de servicios, independientemente de que el destinatario del servicio sea el contratista o la Administración. Sin embargo, cuando la titularidad de la explotación del servicio le corresponda al contratista, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Como principales ventajas de este criterio de distinción se destacan las siguientes:

- En primer lugar, este criterio de distinción a diferencia del criterio del destinatario del servicio, no restringe las posibilidades de las que dispone la Administración de hacer uso del contrato de servicios.
- En segundo lugar, el criterio de distinción propuesto, a diferencia del criterio de la existencia o no de tarifas es un criterio que se puede aplicar a todos los supuestos evitando el carácter parcial del criterio de las tarifas.

⁷⁹⁸ El artículo 283 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público regula la reversión del servicio.

⁷⁹⁹ La idea de la disociación ha sido tomada del profesor F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público op. cit.*, pág. 33 dice acerca de la concesión de servicios públicos que: "...la fundamental es la concesión del servicio público consiste, como quedó dicho, en un fenómeno de disociación en cuanto a la titularidad y la gestión del servicio: la titularidad permanece en manos de la Administración, mientras que la gestión se encomienda a un concesionario que corre con el riesgo económico de la explotación.". Las afirmaciones que hace Garrido Falla valen para todas las modalidades del gestión de servicio público, excepción hecha del último inciso que alude al sistema de reparto de riesgos económicos, ya que como sabemos el reparto de riesgos varía en función de la modalidad de que se trate.

⁸⁰⁰ Esto es los recogidos en el artículo 10 del TRLCSP.

- Finalmente, este criterio de distinción se apoya no sólo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino que encuentra un mejor acomodo en la normativa comunitaria⁸⁰¹.

Por último es preciso recordar que a diferencia de lo que ocurre en Navarra, en donde se admite la concesión como única forma de contratación⁸⁰², el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público admite cuatro formas de contratación, que son: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta⁸⁰³. Por este motivo hay que orientar los esfuerzos en determinar si el criterio propuesto resulta aplicable a todos los supuestos de contratación que admite la Ley, se trataría pues de realizar una especie de test al criterio de la titularidad de la explotación del servicio, contraponiéndolo con las distintas modalidades de contratación.

- En primer lugar se analiza la concesión⁸⁰⁴, en esta modalidad el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura⁸⁰⁵; aquí no queda lugar a la duda de que el criterio propuesto no tropieza con ninguna dificultad a la hora de aplicarse puesto que el concesionario asume la titularidad de la explotación del servicio. En este caso los beneficios y las pérdidas que suponga la explotación del servicio los asume el contratista⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Resulta indudable que el derecho comunitario debe orientar la interpretación que se haga el TLCSP, particularmente en un caso como este en el que nos movemos en el campo de diferenciación entre dos tipos contractuales, uno sometido al derecho comunitario (contrato de servicios), y otro no sometido a ese derecho (contrato de gestión de servicios públicos).

⁸⁰² Artículo 167 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

⁸⁰³ Artículo 277 TRLCSP.

⁸⁰⁴ Debe advertirse que nuestra mejor doctrina dentro del contrato de gestión de servicios públicos explotado en régimen de concesión diferencia dos tipos de concesiones, en función de que el concesionario tenga o no que realizar la primera implantación del servicio que son las concesiones puras y las de ejercicio, J.A. GARCÍA TREVIJANO FOS, *Aspectos de la Administración...*, op. cit. págs. 48 y sig. Para profundizar sobre la concesión puede consultarse Francisco LLISSET BORREL, *La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa*, Revista de Administración Pública, núm. 80, 1976.

⁸⁰⁵ Artículo 277.a del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁸⁰⁶ J. NIEVES BORREGO, *La gestión interesada en el derecho administrativo español*, Revista de Administración Pública núm. 26, 1958, pág. 53 dice que: "...En general con Watrin, hay dos grandes ventajas en la concesión: 1º. Que la Administración queda libre del problema aleatorio de montar una empresa industrial, pasando el problema al particular concesionario. 2º. Que al fin de la concesión la Administración hereda un servicio en funcionamiento, en perfecto estado....Frente a estas ventajas, se pueden señalar los

- En segundo lugar hay que hacer referencia a la gestión interesada⁸⁰⁷, en cuya virtud, la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación⁸⁰⁸ del servicio en la proporción que se establezca en el contrato⁸⁰⁹. En este caso el criterio pudiera plantear alguna duda, principalmente por la expresión “... participarán en los resultados de la explotación...”, que pudiera hacer pensar que hay una especie de co-explotación del servicio, pero nada más lejos de la realidad, en este supuesto como en el anterior la titularidad de la explotación del servicio le corresponde al contratista, participando con la Administración en los resultados de la explotación del servicio, pero asumiendo la gestión del mismo⁸¹⁰. En este supuesto el contratista, no asume todos los beneficios y pérdidas que resulten de la ejecución del contrato, sino únicamente los que se hayan pactado entre las partes, pero en todo caso los resultados de la explotación influyen en las percepciones que recibe⁸¹¹.

siguientes inconvenientes: 1º. El concesionario obtiene todas las ganancias. 2º. En compensación, el concesionario soporta las pérdidas de la explotación...”.

⁸⁰⁷ F. ALBI CHOLBI, *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1960, pág. 725, alude a las características que presenta la gestión interesada, diciendo que: “a) Las instalaciones materiales son propiedad de la Administración. El gestor no financia el coste del primer establecimiento del servicio. No es capitalista; aporta exclusivamente su trabajo. b) Los gastos de la explotación se hallan a cargo de la Administración pública, la cual también percibe los devengos económicos de los usuarios. c) El riesgo de la empresa lo soporta sólo la Administración pública. d) La Administración confía a un particular, no funcionario, la prestación del servicio público de que se trate. e) Al gestor le retribuye directamente la Administración, no los usuarios; y dicha remuneración puede consistir en una asignación fija o proporcional al gasto, en primas de diversa naturaleza, en participación de beneficios netos, o en alguna fórmula mixta que combine todos o algunos de los procedimientos apuntados.”.

⁸⁰⁸ Sobre la denominada cláusula de interesamiento A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ y M. BALLESTEROS FERNÁNDES, *Manual de gestión de servicios públicos locales*, El consultor de los ayuntamientos y juzgados, dicen que: “La denominada “cláusula de interesamiento” es, por tanto, la nota definitoria de este modo de gestión, que incita al gestor a la mejor prestación del servicio para obtener así un mayor provecho económico pero que, al mismo tiempo, redundará en beneficio también de la Administración, y no sólo porque una parte de esos positivos resultados le serán atribuidos (o participará en ellos), sino porque el buen funcionamiento del servicio público es precisamente lo que la Administración debe pretender.”.

⁸⁰⁹ Artículo 277.b del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁸¹⁰ Para entender bien esta forma de explotación, es necesario diferenciar entre explotación y resultados de la explotación.

⁸¹¹ J.A. GARCÍA TREVIJANO FOS, *Aspectos de la...*, op. cit., pág. 54, dice que: “El gestor (normalmente, una sociedad) explota también una empresa en el sentido de que debe organizar medios personales necesarios para el funcionamiento, pero el hecho de gravar los riesgos sobre la Administración demuestra que es ella quien adquiere la condición de “empresario”...(continúa diciendo)....El gestor puede recibir una remuneración de distintas maneras (pero siempre la recibe de la Administración y no de los usuarios); puede

- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate⁸¹². En este supuesto el criterio de la titularidad de la explotación del servicio no plantea problemas puesto que la responsabilidad de la gestión, por lo menos en el aspecto de organización del servicio le corresponde a la persona natural o jurídica con la que se concierta⁸¹³.

- Finalmente la sociedad de economía mixta⁸¹⁴ en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas⁸¹⁵.

percibir un tanto fijo, o un tanto fijo y una participación en los beneficios, solamente una participación utilitaria, o, en fin según varios módulos.”. A todo lo señalado en torno al sistema retributivo de la gestión interesada hay que añadir que actualmente el legislador obliga a vincular las retribuciones que percibe el contratista a la utilización que se haga del servicio (así lo dice el artículo 281.1 del TLCSP: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, *una retribución fijada en función de su utilización* que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”. Sobre la cláusula de interesamiento, pilar clave del contrato, L. MARTÍN RETORTILLO MARTÍN, *De la “Gestión interesada” a las cláusulas de interesamiento*, Revista de Administración Pública, núm. 36, 1961, pág. 70, dice que: “De esta descripción aproximativa de la gestión interesada podemos deducir que lo más importante es, sin duda, el interesamiento, esto es, la especial conexión entre la Administración y el gestor que trata de conseguir no sólo el funcionamiento normal del servicio, sino incluso el perfeccionamiento del mismo a través de esta especial forma de remuneración. La posibilidad de aumento de la remuneración del gestor en cuanto el servicio logre un desarrollo más eficiente, la posibilidad de que el gestor se interese, en definitiva, en el buen funcionamiento del servicio, es lo que hace que a este tipo de gestión se le califique de interesada. Tal interesamiento se nos presenta como un mecanismo para lograr que, asegurando el buen funcionamiento del servicio, sea lo más útil posible, desde un punto de vista económico, tanto para la Administración como para el gestor.”.

⁸¹² Artículo 277.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁸¹³ Para comprender mejor la figura del concierto resultan francamente ilustrativas las palabras de L. MOREL OCAÑA, *La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años*, Revista de Administración Pública, núm. 150, 1999, págs.. 405 y sig, dice que: “Aunque ha pasado desapercibido durante largo tiempo, tiene gran importancia el Concierto, hasta su adopción formal por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Se trata de un convenio entre la Administración titular de un servicio público y una entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo ésta a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un “tanto alzado”; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece, lo que no deja de ser innecesaria rigidez procedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura. Téngase en cuenta que el plazo máximo de duración será de diez años... Tanto en el ámbito local como en el estatal, es en el marco de los servicios típicamente sociales (benéficos y sanitarios) donde esta fórmula ha encontrado un mayor desenvolvimiento.”.

⁸¹⁴ Sobre la manera de diferenciar a las sociedades de economía mixta de la gestión interesada, GIRÓN TENA, *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, pág. 31.

⁸¹⁵ A la sociedad de economía mixta alude el artículo 277. d del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En este caso la titularidad de la explotación del servicio le corresponde a la sociedad de economía mixta, en la que participa la Administración. Hay que recordar que esta sociedad en cuyo capital participa la Administración tiene una personalidad jurídica diferente a la de la Administración que participa en la misma, por lo que tampoco en este caso el criterio de la titularidad de la explotación del servicio tropieza con problemas, ya que la sociedad es la que asume los riesgos de la explotación del servicio⁸¹⁶.

Como resultado del anterior análisis se puede resaltar que las diferentes formas de configuración del contrato de gestión de servicios públicos⁸¹⁷ no afectan a la relación jurídica fundamental⁸¹⁸, ya que las mismas únicamente son alternativas o sistemas de reparto de las cargas económicas que conlleva la prestación del servicio. En este sentido merece la pena citar a modo de recuerdo y de inicio de esta reflexión las razones que hicieron que surgiera la gestión interesada como modalidad de gestión del contrato de gestión de servicios públicos, que no es otra que la necesidad de crear un sistema de gestión diferente de la concesión que permita a la Administración participar en los beneficios derivados de la explotación del servicio⁸¹⁹; por otro lado, la sociedad de economía mixta es un sistema de gestión que no sólo permite a la Administración participar en los beneficios de la explotación sino que la permite participar en las decisiones de gestión que se tomen entorno al servicio, participación que se verá condicionada por su participación en el capital

⁸¹⁶ J. NIEVES BORREGO, *La gestión interesada...*, op. cit. pág. 73, dice sobre la sociedad de economía mixta que: “La sociedad de economía mixta es un caso claro de actividad de la Administración sometida al campo del derecho privado; y los caracteres de estas sociedades son dos fundamentalmente: a) Participación de la Administración en el capital social de la Compañía creada o que se vaya a crear; b) Participación en la administración de la misma con normas especiales y excepcionales.”.

⁸¹⁷ Esas formas son la concesión, el concierto, la gestión interesada y la sociedad de economía mixta.

⁸¹⁸ La relación jurídica fundamental, lo que subyace al contrato de servicios es que la Administración traspasa la organización del servicio a un contratista.

⁸¹⁹ J. NIEVES BORREGO, *La gestión interesada...*, op. cit. pág. 52, dice que: “Si bien Watrin aduce precedentes históricos en el derecho alemán, el origen real de la institución se encuentra en 29 de julio de 1907, fecha en la que la Convención de la Villa de París con Mr. Rouland para el suministro del servicio de gas en dicha ciudad...En cualquier caso el nacimiento obedece a una superación del sistema concesional y del carácter temporal del mismo. Se parte de la idea de que, en general, la concesión supone una serie de riesgos y de áleas inevitables; y parece buena solución atribuirlos a un particular que soportará dichos riesgos y áleas. Al tomar el particular concesionario el carácter empresarial, soportará las pérdidas; pero también obtendrá las ganancias que puedan derivar de la gestión. Como de hecho eran ganancias, la Administración arbitró un procedimiento de poder participar en las mismas.”.

social de la empresa⁸²⁰. De todo lo anterior cabe concluir que a la medida que la Administración por razones históricas ha ido necesitando alternativas de gestión por motivos diversos, estas han ido apareciendo, no obstante lo anterior en todas esas modalidades subyace una idea esencial que es que por medio del contrato se transfiere al contratista la responsabilidad de la organización o explotación del servicio.

Por todos los argumentos aportados, creo que el criterio más adecuado para diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos del contrato de servicios es el de la titularidad de la explotación del servicio o responsabilidad de la organización⁸²¹, propuesto en estas últimas líneas.

Debe apuntarse que esta tesis en cierto modo se ha visto refrendada por la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuando justifica la noción que de contrato de asistencia⁸²² se ha dado por la misma⁸²³, si bien es cierto que el legislador foral no profundiza en los motivos que han llevado a la solución que propone.

Finalmente me gustaría aludir a una línea de distinción que se está empleando recientemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la misma no está consolidada, pero supone un cierto soplo de aire fresco, un abandono de la línea tradicional

⁸²⁰ Es indudable que en este caso el servicio se encomienda a una persona jurídica diferente de la Administración titular del servicio, pero la Administración participa en el capital social de la empresa y en sus órganos de gobierno, siendo precisamente esta participación entrar en la toma de decisiones.

⁸²¹ Como se ha podido comprobar este criterio de distinción lo hemos definido de dos maneras distintas, la primera sería la del criterio de la titularidad de la explotación del servicio; y la segunda, sería la del criterio de la responsabilidad en la explotación, o de la titularidad de la gestión del servicio. No obstante, nos inclinamos por la primera de las definiciones propuestas puesto que a nuestro juicio es la que tiene un mejor encuadre o presenta una mayor coherencia con la regulación que de las dos modalidades que pretendemos diferenciar hacen tanto la Ley de Contratos del Sector Público, como la Directiva 2004/18, CE, de 31 de marzo.

⁸²² En Navarra la Ley Foral, ha optado por no hacer uso de la expresión, contrato de servicios, utilizando la de contrato de asistencia, los motivos que justifican esta decisión son dos: por un lado, se remarca la idea de que las entidades sometidas a la Ley Foral (en especial las Administraciones Públicas) no desarrollan la actividad con sus propios medios, sino que acuden al mercado para complementarlos y, por otro, se evita la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto. Así lo dice el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

⁸²³ El apartado III de la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Foral señala que: "... Además, de acuerdo con la Directiva, el contrato de asistencia no sólo abarca los servicios prestados a la Administración- ámbito del contrato de asistencia en la Ley Foral 10/1998-, sino que también incluye toda prestación de servicios de las contempladas en el Anexo II en las que el destinatario del servicio sea un tercero o el público en general."

para buscar un criterio más actual y una aproximación al criterio de distinción que he propuesto.

Antes de profundizar en el análisis de este criterio, quiero apuntar que el mismo se utiliza para distinguir el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos en régimen de concesión (siendo aplicable a otras formas de explotación del servicio: concierto, gestión interesada y sociedad de economía mixta). Advierte la Junta cuatro notas o rasgos definitorios del contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, que son:

- Que se trate de servicios susceptibles de ser explotados por particulares.
- Que no implique el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.
- Que el contratista que lo explote tenga encomendada la organización y prestación del servicio conjuntamente.
- Que asuma el riesgo económico derivado de la prestación del servicio⁸²⁴.

Dice la Junta que cuando se encomienda al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio, sin asumir el riesgo el contrato es de servicios. Por lo tanto para que haya contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, la Junta exige que el contratista asuma la organización del servicio y el riesgo económico derivado de ello.

Depurando lo hasta ahora dicho vemos como entre la variedad de criterios de distinción que ofrece la Junta luce uno especialmente que es el criterio de la asunción de la organización del servicio. Analizando este criterio se puede ver como el mismo se encuadra dentro del que he propuesto del titular de la explotación del servicio o responsable de la explotación, siendo éste último más amplio que el primero, ya que la titularidad de la explotación ampara facultades más amplias que la simple organización del servicio, además considero que la terminología que he empleado es más acertada por dos razones: la primera, es que la misma es acorde con el derecho comunitario que utiliza el concepto o término explotación;

⁸²⁴ Informe 04/08, de 28 de julio de 2008.

y la segunda, es que el término explotación tiene un mayor arraigo en el derecho de la contratación pública para referirse al contrato de gestión de servicios públicos.

Debo decir que esta nueva línea interpretativa abierta por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser objeto de sincero aplauso, ya que si bien alude exclusivamente a los contratos de gestión de servicios públicos organizados en régimen de concesión, implica un abandono del criterio tradicional del destinatario del servicio que tan desfasado se muestra actualmente.

7) Reflexiones finales acerca de los criterios de distinción analizados: De todo lo dicho puedo señalar que cuando la prestación que se pretende contratar por la Administración puede ser calificada de servicio público y tiene un contenido económico que la hace susceptible de explotación por un empresario, la Administración tiene una doble opción, de un lado, transferir el servicio al contratista haciendo uso de alguna de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos; y de otro, continuar detentando la organización y la titularidad del servicio licitando un contrato de servicios. Detrás de cada una de esas dos opciones comentadas subyace un trasfondo político⁸²⁵ (no técnico-jurídico), en la medida de que mediante una de las modalidades (gestión de servicio público) se transfiere el servicio a un contratista, que recibirá una retribución vinculada a su explotación, mientras que en el contrato de servicios la Administración continúa siendo titular del servicio de que se trate.

Por lo tanto, llegado al cruce de caminos planteado en las líneas precedentes la Administración tiene dos opciones, su elección dependerá de cuestiones de oportunidad, criterios políticos, etc..., pero no viene determinada por una cuestión normativa, es decir no viene predeterminado por la Ley, sino que llegados a este punto el responsable debe elegir

⁸²⁵ El Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La evaluación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios” cdr 370/95, Diario Oficial C 126 de 29/04/1996, alude a las opciones que tiene un ente público de prestar un servicio a través de sus propios medios o acudiendo a la contratación externa, no obstante creo que las consideraciones realizadas resultan de aplicación plena en este caso, dice que: “De hecho, la cuestión de si una entidad pública quiere prestar un servicio mediante sus recursos propios o encomendar su ejecución a terceros es un asunto de organización, gestión y consideraciones políticas internas.”.

entre continuar detentando la organización de un servicio público, siendo responsable del mismo, buscando una colaboración con empresarios particulares, o transferir ese peso en bloque al sector privado.

Me gustaría apuntar que lo heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios hacen, en muchas ocasiones que la diferenciación con otros tipos contractuales sea compleja, complejidad que se multiplica cuando se trata de diferenciar este contrato del de gestión de servicios públicos.

Quisiera defender que cuando se da el binomio servicio público y contenido económico el contrato no tiene porque ser irremisiblemente de gestión de servicio público. En este sentido hay que decir que detrás de la diferencia entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público hay algo más que simples contratos administrativos, ya que el contrato de gestión de servicio público implica traspasar la gestión del servicio, concediendo una retribución vinculada a la explotación del mismo. No creo que, en este caso, la Administración no tenga opción, no tenga libertad para configurar el contrato de otra manera, que cuando se da el binomio comentado tenga la obligación legal de traspasar el servicio al contratista, saliendo por lo tanto de sus manos, de su órbita de influencia directa declinando la posibilidad de organizar el servicio de que se trate; la clave de toda la argumentación anterior descansa sobre la base de la diferencia de fondo que hay entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público que no es otra que la transferencia de la explotación u organización del servicio que se produce en el contrato de gestión de servicio público, la decisión sobre transferir o no el servicio al contratista es una decisión que descansa sobre la Administración, quien al redactar los pliegos decide lo que mejor conviene a los intereses públicos, por ese motivo esta posibilidad de que dispone la Administración rompe todo automatismo, permitiendo libertad a la Administración para decidir si transfiere o no el servicio (calificando el contrato como de servicios o de gestión de servicio público). Nos encontramos por lo tanto ante una potestad discrecional de la Administración, que dispone de la doble opción comentada en las líneas precedentes.

Quiero añadir una última reflexión acerca del futuro de las dos categorías contractuales que estoy analizando en el presente trabajo, la misma parte de las consideraciones iniciales realizadas en torno al contexto histórico en el que se mueven las Administraciones Públicas

actualmente (globalización, contención del gasto público, reducción de efectivos, etc...), creo que ante el contexto expuesto, en el futuro el debate político no consistirá en discutir entre la gestión pública o la privada de determinados servicios; sino que se centrará en la discusión entre la transmisión del servicio al contratista (mediante un contrato de gestión de servicios públicos) o continuar detentando la responsabilidad de la organización del servicio (mediante un contrato de servicios), esta reflexión se fundamenta en los indicios que se vislumbran actualmente sobre lo que parece que es el devenir de la Administración, que se presenta en el futuro como un organismo con pocos efectivos que debe prestar servicios públicos de calidad en un mundo globalizado.

4.7. *Interpretación conforme:* El derecho de la contratación pública ha experimentado en los últimos años una serie de modificaciones normativas, siendo impulsadas, muchas de ellas por las instituciones comunitarias, pero además de estos cambios evidentes se ha producido otro tipo de cambios más silenciosos de índole conceptual o dogmático que obligan a reinterpretar los conceptos y las figuras jurídicas decimonónicas (como lo es la categoría del contrato de gestión de servicios públicos).

Hay que decir que detrás de un contrato de gestión de servicio público, en el fondo, en sus entrañas, o si se prefiere su finalidad es transferir al contratista la responsabilidad en la gestión u organización de un determinado servicio⁸²⁶.

De otro lado, debe situarse el sistema de reparto de riesgos económicos asociados a la explotación del servicio, que puede diseñarse o estructurarse de cuatro maneras diferentes que son: la concesión, el concierto, la sociedad de economía mixta y la gestión interesada.

Las instituciones comunitarias desean crear, en materia de contratación pública un mercado de contratos que se asiente sobre la base de una serie de principios como son los de

⁸²⁶ Los motivos de la transferencia pueden ser diversos, entre otros encontramos el intento de fomentar la participación del sector privado en la prestación de servicios a la comunidad, la mejor competencia técnica, o el deseo de los gobernantes de desentenderse de una manera más amplia de un determinado sector de actividad.

publicidad, igualdad de trato, transparencia, entre otros⁸²⁷. Por lo tanto las preocupaciones de las instancias comunitarias se centran en la fase de adjudicación del contrato, utilizando para la consecución de ese objetivo un instrumento jurídico flexible como es la Directiva⁸²⁸, que impone una obligación en cuanto al resultado⁸²⁹, dejando libertad en los instrumentos a utilizar a los países miembros⁸³⁰.

Por otra parte, ya he dicho que la calificación jurídica de un contrato es esencial, ya que determina el régimen jurídico aplicable al mismo, teniendo una mayor trascendencia en el caso de los contratos que se mueven dentro de los umbrales comunitarios ya que esa calificación determina, entre otras cosas, la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El legislador comunitario únicamente reconoce una modalidad de contrato de gestión de servicio público, que es el que se explota en régimen de concesión. En la concesión de servicios en régimen de concesión (utilizando terminología comunitaria) o contrato de gestión de servicios públicos (utilizando terminología española), confluyen circunstancias

⁸²⁷ Sobre los principios inspiradores de la contratación pública, se pueden ver los considerandos de la Directiva 2004/18/CE, de 14 de marzo. Así como el libro de J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bormazo, 2007.

⁸²⁸ Sobre el valor de la directiva GUY ISACC, *Manual de derecho comunitario general*, Ariel Derecho, 3ª edición, 1990, pág. 146, dice que: "Su inclusión en la lista corresponde sin duda a la voluntad de los redactores de los tratados de ofrecer a las instituciones al lado del reglamento, instrumento de uniformización jurídica, una fórmula basada en una distribución de las tareas y en una colaboración entre el nivel comunitario y el nivel nacional, por lo tanto más flexible y respetuosa de las particularidades nacionales, especialmente adaptada a la función de aproximación de las legislaciones nacionales."

⁸²⁹ F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Reflexiones sobre el desarrollo normativo del derecho comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 14, mayo-agosto 1987, pág. 340 dice que: "Por consiguiente, no tienen por sí mismas las directivas el llamado "efecto directo", esto es, la cualidad de integrarse inmediatamente en el orden interno de los Estados. En puridad no son normas generales, puesto que sus mandatos no pueden generar por sí mismos derechos y obligaciones en sujetos distintos del Estado destinatario. Para ello se necesita que el Estado adopte las medidas oportunas de desarrollo o ejecución, siendo estas últimas las que harían surgir esos derechos y obligaciones."

⁸³⁰ En definitiva la directiva es un instrumento jurídico que deja en manos de los países miembros su transposición, permitiendo, en función de su redacción interpretaciones diversas a la hora de su plasmación, en este sentido L. N. GONZÁLEZ ALONSO, *Las obligaciones de los estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 3, enero-junio 1998, pág. 244, dice que: "Y, en consecuencia, los problemas que plantea la inserción de en el ordenamiento comunitario no son sólo de naturaleza técnica, sino que derivan en gran medida de la opción política que subyace a la utilización de este procedimientos de legislación en dos tiempos, cuya efectividad queda, en última instancia, supeditada a la intervención directa de las instancias nacionales."

que hacen que el tipo se individualice y diferencie de otros contratos, esta modalidad presenta dos características esenciales que son que mediante la misma se opera una transmisión de la organización del servicio (elemento sustantivo)⁸³¹, y que se transmite al contratista íntegramente los riesgos económicos y los beneficios que resulten de la explotación (elemento económico). Cuando en un contrato confluyen esos dos elementos la regulación del contrato se abstrae a la normativa comunitaria, pasando a tener la calificación de concesión de servicios. En el resto de los casos, si bien el contrato puede calificarse de gestión de servicios públicos conforme a la normativa española (ya que concurre el elemento sustantivo), no puede ser calificado como de concesión de servicios en base a los criterios fijados por las instancias comunitarias (ausencia del elemento económico).

Ya se ha visto que para que proceda hacer el uso de la técnica jurídica de la interpretación conforme⁸³² es necesario que se produzca una distorsión entre la regulación comunitaria y la regulación interna⁸³³, lo que subyace a esta técnica es que si no se hiciera uso de la misma los Estados miembros podría eludir el derecho comunitario⁸³⁴, creando figuras, procedimientos que distorsionen el contenido de la Directiva, logrando eludir la aplicación

⁸³¹ Esta transmisión se da también en las otras modalidades que presenta el contrato.

⁸³² La obligación de interpretación conforme con la directiva surge desde el mismo momento de su notificación, aun sin haber transcurrido el plazo de transposición, así lo recuerda L. N. GONZALEZ ALONSO, en *Las obligaciones de los estados miembros...*, op. cit. pág. 245, que dice que: “Desde el momento de su notificación o de su entrada en vigor, la directiva existe en tanto que elemento de derecho objetivo puede, en virtud de su carácter obligatorio para los Estados miembros, producir efectos jurídicos concretos. Hasta la fecha, el juez comunitario no había precisado estos efectos más que en relación con la obligación que incumbe a las autoridades nacionales, y en particular, a los órganos jurisdiccionales, de interpretar el Derecho interno de conformidad o a la luz de la directiva...”.

⁸³³ Los errores en la transposición de directivas pueden originar la responsabilidad de la Administración, en este sentido B. FRANK MACERA, *La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE(a propósito de las Sentencias Brasserie du Pecheur- Factortame, British Telecommunications, Hedley Lomas, Dillekofer, Denkavit, Bonifaci- Berto, Palmisani, Maso- Gazzetta, etc.)*, Revista de Administración Pública, núm. 149, 1999, pág. 170, dice que: “Pues bien, culminando una línea de razonamiento tempranamente abierta en la Sentencia Francovich y Bonifaci, el juez comunitario descarta explícitamente esta tesis; la base jurídica de la responsabilidad de los Estados miembros por violación del ordenamiento comunitario reside exclusivamente en el principio de primacía de este ordenamiento.”.

⁸³⁴ Se reafirma esta solución de la interpretación conforme, si se toma en consideración el principio de cooperación leal de los Estados miembros con la Comunidad que se encuentra proclamado en el artículo 10 del TCE, tal y como recuerda el profesor R. ALONSO GARCÍA, *El soft law comunitario*, Revista de Administración Pública, núm. 154, 2001, pág. 66.

de la misma mediante un mecanismo tan burdo como crear una regulación paralela que permita burlar la transposición de la misma, este resultado ha sido objeto de un rechazo frontal por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en este sentido dice que: "...es jurisprudencia reiterada que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por la Directiva.⁸³⁵". En este caso la visión amplia que del contrato de gestión de servicios públicos tiene el legislador español, en contra de la noción restrictiva que de este tipo hace el regulador comunitario, hacen que en nuestro país se sustraigan del contrato de servicios prestaciones que conforme a la Directiva de coordinación debían formar parte del mismo, eludiéndose con esa visión amplia que se hace del contrato de servicios el derecho comunitario regulador de la contratación pública. Es precisamente esta la distorsión que se produce en materia de diferenciación entre ambos tipos contractuales.

Ante una situación como la descrita en las líneas anteriores, se impone una interpretación conforme de la normativa española⁸³⁶, la misma debe orientarse en el siguiente sentido:

- Cuando en el contrato se pacte la transmisión al contratista del elemento sustantivo y del elemento económico debe calificarse como concesión de servicios y extraerse de la regulación comunitaria, ya que lo permite la normativa comunitaria.
- Cuando se transmita al contratista el elemento sustantivo y no se superen los umbrales comunitarios, el contrato debe calificarse como de gestión de servicios públicos, siendo su regulación la que la Ley establece para este tipo de contratos.

⁸³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 1998, asunto C-323/96.

⁸³⁶ Sobre la interpretación conforme hay que aludir a las reflexiones del T. MILLETT, *El efecto directo de las directivas*: op. cit., dice que: "Se trata de un principio de que la Ley nacional debe interpretarse de conformidad con la letra y los objetivos de una directiva pertinente...(cita la Sentencia Marleasing SA/ La Comercial Internacional de Alimentación SA, C-106/89), dice que esta sentencia señala que ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189."

- Finalmente, cuando se trasmita al contratista el elemento sustantivo y se superen los umbrales comunitarios propios del contrato de servicios. En este caso, debe darse al contrato la publicidad propia de un contrato de servicios, aplicándole las reglas que para este tipo de contratos establece la Directiva de Contratos. Por lo demás, no existe, a mi juicio en este caso inconveniente en calificar el contrato como de gestión de servicios públicos en el derecho español, la simple calificación no vulnera el derecho comunitario⁸³⁷, siempre que se respeten las reglas comunitarias en materia de adjudicación del contrato. En estos casos, el diagrama normativo aplicable a la regulación del contrato sería preparación del contrato, efectos y extinción (se rigen por el TLCSP), adjudicación y criterios de valoración de ofertas y prescripciones técnicas, por lo establecido por el TLCSP para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. Finalmente recordar que los Tribunales españoles son competentes para realizar una interpretación conforme de la legislación nacional con el derecho comunitario, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸³⁸.

4.8. Razones que justifican el error en la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos.

Creo que la labor de una persona que se aproxima a una regulación jurídica determinada, no debe consistir en evidenciar un error o una distorsión en el ordenamiento jurídico y apuntar

⁸³⁷ Recuérdese que antes de la aparición de la Ley de Contratos del Sector Público, existían prestaciones que se englobaban bajo el ropaje del contrato comunitario de servicios, que en nuestro país recibían el nombre de consultoría y asistencia, o el caso de Navarra donde el contrato comunitario de servicios se denomina asistencia. En este sentido hay que recordar, lo ya dicho, que es que la Directiva es un instrumento jurídico que impone una obligación de resultado, no metiéndose en los mecanismos por medio de los cuales se logra ese resultado.

⁸³⁸ Como siempre dando luz a la cuestión el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El fin del caso factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998, págs. 125 y sig., dice que: “Finalmente, en el procedimiento de prejudicialidad abierto por la Cámara de los Lores se llega a la Sentencia en 19 de junio de 1990, la Sentencia Factortame I (caso 213/89). Podría entenderse que el Auto de 10 de octubre de 1989, que acabamos de exponer, producido en el recurso de la Comisión contra el Reino Unido ex artículo 169 del Tratado (C- 246/89), había hecho casi obvia la decisión que en esta Sentencia Factortame I se contiene. Pero lo cierto es que esta Sentencia va bastante más allá que el Auto anterior, porque resuelve que no sólo el propio Tribunal de Justicia, que es lo que el Auto había dicho, sino cualquier Tribunal nacional es competente para suspender la aplicación de Leyes formales de su propio Estado cuando se dan los requisitos de la urgencia y de la contradicción “a primera vista” con el derecho comunitario de una Ley nacional.”.

la posible solución a la misma razonándola en derecho, sino que debe consistir en un esfuerzo por buscar una explicación a la situación a la que se enfrenta, ya que si se conocen las raíces de un problema es más sencillo evitar que este se repita en el futuro, y afrontar el problema en el momento presente.

A mi entender, en este caso, la distorsión viene motivada por un error de enfoque por parte del legislador español, este error consiste en afrontar la transposición de la Directiva de Contratos Públicos exclusivamente desde una visión nacional. Gráficamente se puede decir que el legislador nacional ha cogido la Directiva de Contratos y ha tratado de encajarla en la tradición normativa española. La visión comentada de entender la transposición en la línea marcada anteriormente no es correcta, ya que resta importancia a la regulación comunitaria a la que se le obliga a encajarse en el molde nacional. Esta visión en ningún caso se corresponde con las relaciones jerárquicas que existen entre los dos ordenamientos jurídicos, ya que se produce una subordinación del derecho comunitario al nacional (al utilizar el sistema de transposición comentado), cuando en realidad el sistema de relaciones es inverso al comentado. Así se puede decir que el principio de jerarquía⁸³⁹ existente entre el derecho nacional y el comunitario aconseja utilizar un sistema de transposición que vaya de arriba (derecho comunitario) abajo (derecho nacional), no de abajo a arriba, es decir adaptar los moldes nacionales a la normativa comunitaria y no a la inversa.

Una vez realizadas todas esas reflexiones en abstracto, es necesario pasar al plano concreto, se trata por lo tanto de esgrimir razones que justifiquen las conclusiones a las que he llegado en las líneas anteriores. Creo que avala todo lo dicho el hecho de que el legislador nacional al regular el contrato de gestión de servicios públicos permita que contratos que de conformidad con la normativa comunitaria son de servicios sean calificados en nuestro país como contratos de gestión de servicios públicos abstrayéndose a la normativa comunitaria reguladora de la materia, se ha tratado por lo tanto encajar la Directiva de Contratos en el

⁸³⁹ Las relaciones entre el derecho nacional y el comunitario se articulan en base a diversos principios, siendo uno de ellos el de primacía del derecho comunitario, en este sentido J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y de los jueces en su aplicación*, Revista de Administración Pública, núm. 125, 1991, pág. 237 dice que: “El TJCE ha añadido a la aplicabilidad directa el principio fundamental de la primacía planteado solemnemente por la sentencia Costa/Enel de 1964.”.

molde tradicional de las modalidades de contratación nacionales, molde que se encuentra desfasado actualmente.

Una muestra de un planteamiento inverso al anterior, esto es una transposición de arriba hacia abajo es lo que se ha ocurrido en Navarra, que como ha quedado señalado configura el contrato de asistencia con toda la virtualidad que le concede la normativa comunitaria, permitiendo que los servicios que se prestan en virtud al mismo se presten al público en general, admitiendo la concesión como única forma de explotación del contrato de gestión de servicios públicos.

A modo de reflexión final, me gustaría señalar que en el momento actual se hace preciso que se reorienten las formas clásicas de interpretar y aplicar las normas reguladoras de la contratación pública, junto con los mecanismos o técnicas de transposición utilizados por el legislador nacional; la nueva orientación debe ser tendente a asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública, para lograr ese objetivo se hace necesario acabar con los lazos históricos que crea la regulación anterior de una materia. El contexto histórico jurídico actual exige un esfuerzo en el sentido indicado, con el mismo se lograría conceder al ordenamiento comunitario el espacio que le corresponde.

4.9. Consideraciones finales.

Ha sido mi intención, en estas líneas, aportar un nuevo criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, criterio que estimo más actual que el existente hasta este momento, además creo que el nuevo criterio que propongo se ajusta mejor a las diferencias de fondo que existen entre esos dos contratos administrativos típicos, ese criterio es del responsable de la organización o explotación del servicio. Las razones que justifican aportar un nuevo criterio de distinción entre los dos tipos de contratos son dobles, en primer lugar, la distinción en función del destinatario del servicio no responde a la realidad actual de ambos contratos públicos; y por otro lado, ese criterio de distinción no se corresponde con la esencia de la diferencia que hay entre ambos contratos.

Por otro lado, he advertido una distorsión en la transposición de la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública, en concreto, en lo que respecta a la configuración del contrato de gestión de servicios públicos explotado en las modalidades de concierto,

sociedad de economía mixta y gestión interesada; esta distorsión podría provocar la elusión de las normas comunitarias reguladoras de la contratación pública, con el fin de evitar esa distorsión se propone una interpretación conforme con la normativa comunitaria.

Es importante tener claros los criterios de distinción entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos, ya que estos dos tipos están llamados a jugar un papel esencial en el nuevo contexto histórico en el que se tiene que mover la Administración actualmente, fuertemente mediatizado por la contención del gasto público y por la prestación de servicios mediante la búsqueda de colaboración con empresarios particulares.

Finalmente, quiero señalar que este trabajo no hace sino resaltar la importancia creciente que tiene el derecho comunitario regulador de la contratación pública en la interpretación y aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se impone un cambio de mentalidad en esta materia que permita una nueva visión de la contratación pública en nuestro país más global desde la óptica del derecho comunitario. Con este trabajo se pretende resaltar la importancia que tiene esa manera de entender e interpretar las normas reguladoras de la contratación pública en el momento actual.

5. Distinción del contrato de servicios del contrato de obras.

En este punto del presente estudio, no se pretende profundizar en la importancia que el contrato administrativo de obras ha tenido y tiene para nuestro derecho administrativo⁸⁴⁰, ni tampoco en el hecho de que esta modalidad contractual ha sido la primera modalidad contractual de la Administración en aparecer con una regulación completa y autónoma⁸⁴¹, sino que hay que contraponer el contrato de obras con el de servicios, para ver sus similitudes y sus diferencias, se pretende que este esfuerzo conceptual, sirva para comprender mejor el concepto de contrato de servicios, conociendo mejor cuales son sus

⁸⁴⁰ Importancia puesta de manifiesto por el profesor T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ en un magnífico trabajo, ya citado con anterioridad, *Las obras públicas*, op. cit. pág.2429, diciendo que: “El concepto de obra pública es, sin duda alguna, uno de los conceptos clave en el proceso de formación de la dogmática iusadministrativa.”:

⁸⁴¹ Así podemos aludir a la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

contornos y las diferencias que existen entre este contrato y otros con los que guarda similitudes.

- *Concepto de contrato de obras*: La aproximación al concepto de contrato de obras se debe buscar por medio del análisis de su evolución histórica, para llegar al concepto que de este contrato se da en la actualidad.

Dice FERNÁNDEZ, T.R. que la primera definición de obra pública, en nuestro derecho, la encontramos en el artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular, que decía que:

“Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno de los pueblos, cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas convenientemente.”.

Continúa diciendo el citado autor, que la siguiente definición de obra pública, en nuestro ordenamiento jurídico, la encontramos en el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877⁸⁴², que decía que:

“Las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.”.

FERNÁNDEZ, T.R. considera que ambas definiciones tienen un carácter marcadamente descriptivo⁸⁴³, no existiendo entre las mismas diferencias sustanciales. En este sentido, la obra pública se presenta como una operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos⁸⁴⁴.

⁸⁴² T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *La obra pública*, op. cit. pág. 2428.

⁸⁴³ Se puede ver como en sus orígenes el contrato de obras, como el contrato de servicios presentan a la hora de definirlos un carácter descriptivo. Tal y como se ha dicho el legislador, lo primero que hace en introducir en el ordenamiento jurídico la figura, describiéndola en detalle para ulteriormente dar una definición más abstracta.

⁸⁴⁴ T.R. FERNÁNDEZ, *La obra pública*, op. cit. pág. 2428.

Tras aportar esas dos definiciones legales, FERNÁNDEZ, T.R. analiza de una manera brillante los elementos que integran el concepto en cuestión⁸⁴⁵:

En primer lugar, y ante todo ha de tratarse de un inmueble. El criterio de la incorporación a un bien inmueble es, pues, decisivo, de forma que, si hay incorporación hay obra pública (por ejemplo: líneas telefónicas o telegráficas, cables submarinos, etc.) pero no en otro caso. Este criterio continúa vigente y así puede comprobarse al consultar el Anexo I de la Ley de Contratos del Sector Público⁸⁴⁶.

En segundo lugar, para que exista obra pública es igualmente imprescindible una actividad de transformación material. Las transformaciones meramente jurídicas no merecen, pues, la conceptualización de auténticas obras públicas, sino, más bien, la de mutaciones demaniales.

Finalmente, el tercer elemento del concepto alude a la titularidad administrativa, que se mantiene tanto si la obra se realiza directamente por la Administración, como si se ejecuta mediante contratista interpuesto, puesto que, aun entonces, como nos consta, la Administración retiene siempre poderes sobre la obra que puede ejercitar en cualquier momento.

Estas son pues las tres principales características que se extraen del concepto de obra pública, características que como veremos no han variado, en su esencia a lo largo de su evolución normativa.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 120⁸⁴⁷ optó por dar una definición del contrato marcadamente descriptiva, línea que

⁸⁴⁵ Como podremos ver a lo largo de este punto, el análisis que realiza el mencionado autor, en ningún caso se ha quedado desfasado, sino que es perfectamente predicable a la noción que actualmente se da de obra pública. Esto no es sino muestra de la brillantez del trabajo de este autor, al tratarse de un estudio que se abstrae del momento en el que fue elaborado (año 1983) extrayéndose del mismo una serie de principios que se muestran intemporales.

⁸⁴⁶ Así la clase 45.31 “instalación eléctrica”; del grupo 45.3 “Instalación de edificios y obras; de la división 45 “Construcción”; comprende prestaciones como la instalación en edificios y otras obras de construcción de: cables y material eléctrico, sistemas de telecomunicación, instalaciones de calefacción eléctrica, etc... .

⁸⁴⁷ El artículo 120 de la Ley, decía que: “A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así

continuó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁸⁴⁸. El profesor SÁNCHEZ MORÓN. M, analizado el artículo 120 del TRLCAP da una noción del contrato de obras, abandonando el carácter marcadamente descriptivo, diciendo que: “Queda claro que el contrato se caracteriza por la realización de una obra “de ingeniería civil” relativa a bienes inmuebles o sobre bienes inmuebles.”⁸⁴⁹. La tendencia reduccionista ha sido mantenida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al abordar el concepto de contrato de obras, así el artículo 6 lo define de la siguiente manera:

“1. Son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades específicas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

2. Por “obra” se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un inmueble.”

De esta definición se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) Se produce una aproximación a la definición que de contrato de obra proporciona el derecho comunitario, por dos motivos: el primero, la definición de la Ley alude a la lista del anexo I⁸⁵⁰; y el segundo es que el apartado segundo del citado precepto da una definición de obra, igual que la Directiva comunitaria⁸⁵¹. En este sentido se confirma el intento ya

como cualquier otra análoga de ingeniería civil. b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.”.

⁸⁴⁸ El artículo 120 del TRLCAP, tiene el mismo tenor literal que el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁸⁴⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Preparación y adjudicación del contrato de obras...*, op. cit. pág. 822.

⁸⁵⁰ El artículo 1.2.b de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo dice que: “Son “contratos públicos de obras” los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I...”.

⁸⁵¹ El artículo 1.2.b, in fine, de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, dice que: “Una “obra” es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.”.

apuntado con respecto al contrato de servicios de aproximación a las definiciones que de los contratos da la Directiva de Contratos. Es clara pues la voluntad del legislador nacional de alinearse normativamente con el comunitario, la citada estrategia de alineación normativa debe ser destacada como de mérito, ya que por medio de la misma se propiciará un mejor entendimiento del derecho comunitario, evitando desviaciones interpretativas, que avocan al intérprete a una aplicación errónea del derecho comunitario regulador de la contratación pública.

2) Se advierte también un acercamiento a la definición que de contrato de obra da el derecho francés, en particular por el inciso del artículo 6.2 que habla de trabajos de construcción o de ingeniería civil⁸⁵².

3) La definición dada por la Ley no es sino una continuación de la línea que ha decidido mantener el legislador acerca de la conceptualización de los contratos típicos, esta línea trataría de abandonar el carácter descriptivo de las definiciones, para buscar un mayor rigor técnico jurídico en las mismas⁸⁵³.

- Justificación de la distinción entre ambas modalidades contractuales: El motivo que hace que se distingan estas dos modalidades contractuales lo da la propia Ley en su artículo 6.2 cuando dice que: “Por “obra” se entenderán el resultado⁸⁵⁴...”, y continúa diciendo “de un conjunto de trabajos...”⁸⁵⁵. Como se puede comprobar el contrato de obra y el de servicios se aproximan conceptualmente, pues la obra no es sino un conjunto de prestaciones de hacer que dan lugar a la consecución de un resultado, que es la obra. El legislador también es consciente de estas similitudes, y por esa razón habla cuando alude al concepto del contrato de servicios de: “...distinto de una obra o un suministro.”.

⁸⁵² Así el artículo 1.II del Decreto nº 2005-1737 de 30 de diciembre, que aprueba el Código de Contratos Públicos, dice que: “Los contratos públicos de obras tendrán por objeto la realización de todas las obras de construcción o de ingeniería civil a petición de una entidad pública contratante.”.

⁸⁵³ Esta línea se puede comprobar en la conceptualización del contrato de servicios, en el artículo 10 de la nueva Ley; como ya hemos tenido ocasión de verificar.

⁸⁵⁴ Recordemos que según el artículo 10 de la Ley de Contratos del Sector Público, los contratos de servicios son prestaciones de hacer dirigidas a la obtención de un resultado.

⁸⁵⁵ El contrato de servicios implica la realización de trabajos, o dicho de otro modo, “prestaciones de hacer” usando la terminología del artículo 10 de la Ley.

- Un supuesto particular, cuando se contrata la realización de la obra y del proyecto: Existe una modalidad del contrato de obra, en la cual la Ley permite que se contrate conjuntamente la realización de la obra y la del proyecto⁸⁵⁶. En este caso, la Ley opta por una postura simplificadora al igual que el derecho comunitario⁸⁵⁷, al considerar que se trata de un contrato de obras⁸⁵⁸, no un contrato mixto de obras y de servicios, al que deberían de aplicársele las reglas que el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley tiene previstas para los contratos mixtos.

- Elementos o notas distintivas de los contratos de obras y los de servicios: Debemos finalizar este punto del trabajo aportando una serie de criterios que nos permitan distinguir el contrato de obra del de servicios. En primer lugar, podemos decir que en todos aquellos casos en los que el resultado de los trabajos del contratista sea un bien inmueble, no nos encontraríamos ante un contrato de servicios, sino ante un contrato de obra; en segundo lugar, cuando se contrata conjuntamente la obra con el proyecto, se tratará, como hemos visto de un contrato de obra; y finalmente, podemos aportar un criterio de distinción residual consistente en que en todos los supuestos en los que exista duda de si se trata de un contrato de obra o de servicios, proponemos acudir a dos de los elementos que según el profesor FERNÁNDEZ, T.R., configuran el concepto de contrato de obra, que serían *el criterio de la incorporación a un bien inmueble*, y *el criterio de la transformación material*⁸⁵⁹. Por lo tanto cuando el resultado de la actividad se incorpore a un bien inmueble, se debería hablar de un contrato de obra, o cuando el resultado suponga la transformación de un inmueble el contrato también será de obra.

⁸⁵⁶ Proyecto que si se contratara separadamente, y de conformidad con el artículo 10 de la Ley, sería objeto de un contrato de servicios y no de un contrato de obra.

⁸⁵⁷ El artículo 1.2.b de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice: Son “contratos públicos de obras” los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras...”.

⁸⁵⁸ Ver, artículo 6.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁸⁵⁹ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *La obras públicas*, op. cit. pág. 2448 y 2449.

6. Distinción del contrato de servicios del contrato de suministro.

- *Concepto de contrato de suministro*: La definición legal del contrato de suministro se encuentra en el artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dice que:

“Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.”.

Esta definición se complementa con lo dispuesto en el artículo 9.2 de esa misma Ley, que dice que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables⁸⁶⁰.”.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

- a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario son que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.
- b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
- c) Los de fabricación, por lo que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.”.

Del texto reproducido, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

⁸⁶⁰ El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contenía en su artículo 171.1 un inciso que ha desaparecido con respecto a los contratos que tenía por objeto propiedades incorpóreas o valores negociables, decía que los mismos se regirían por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso. Sorprendentemente esta indicación ha desaparecido, con la nueva Ley.

La primera, consistiría en señalar que en la definición que la nueva Ley hace del contrato de suministro no se aprecian diferencias significativas con respecto a la regulación anterior.

En segundo lugar, se puede decir que si bien en la definición del artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley el legislador español se aproxima a la noción que de este contrato da la normativa comunitaria⁸⁶¹, y a la que se maneja en el derecho francés⁸⁶²; el complemento que aporta el artículo 9.2 de la Ley es desconocido en los dos ordenamientos que hemos comentado, el motivo hay que buscarlo en la propia evolución histórica de esta modalidad contractual, que se ha ido configurando como una categoría heterogénea sobre la base de la suma de prestaciones que se han ido tomando de otros contratos⁸⁶³, esta toma de prestaciones de otros contratos no se ha llevado, en el ordenamiento español hasta sus últimas consecuencias y es por esa razón por la que se justifica el artículo 9.2 de la Ley.

Una de las mejores formas de completar la aproximación al contrato de suministro es aludir a la definición que del mismo da el profesor COSCULLUELA.L., que dice que: “El contrato de suministro es el celebrado entre una Administración Pública y un empresario que tiene por objeto proveer a la contratante de bienes muebles especificados en el contrato.”. Por lo tanto, la finalidad del contrato de suministro es la de proveer al ente público de bienes muebles⁸⁶⁴, o de productos⁸⁶⁵ como dice el artículo 9.1 de la Ley.

⁸⁶¹ El artículo 1.2.c de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, define el contrato de suministro de la siguiente manera: “Son “contratos públicos de suministro” los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos con o sin opción de compra.”.

⁸⁶² El artículo 1.II dice que: “Los contratos públicos de suministros tendrán por objeto la compra, la toma en arrendamiento financiero con opción de compra o el alquiler o el alquiler-venta de productos o materiales.”.

⁸⁶³ La mejor manera de comprender la evolución histórica del contrato de suministro es consultar el trabajo del profesor L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de...*, op. cit, pág. 982.

⁸⁶⁴ L. COSCULLUELA MONTANER, *El contrato de...*, op. cit. pág. 991, dice que la provisión no se limita a únicamente a la adquisición de la propiedad.

⁸⁶⁵ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el producto en su primera acepción como: “cosa producida”, es a nuestro juicio como debe entenderse que lo utiliza la Ley, el término producto sugiere que ha habido una transformación, o una elaboración del bien mueble, que ulteriormente se entrega al ente público que celebra el contrato.

- Justificación de la distinción entre ambas modalidades contractuales: Ya se tiene clara la noción de contrato de servicios⁸⁶⁶ que se contrapone con la de suministro. No obstante, es aconsejable avanzar o profundizar en la diferenciación comentada.

En algunos casos las similitudes entre el contrato de suministro y el de servicios son evidentes, como aquellos casos en los que el empresario se obliga a la entrega de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario⁸⁶⁷. Como se puede advertir fácilmente en este supuesto el contratista asume una obligación de hacer consistente en la consecución de un resultado. También resulta sencillo advertir similitudes entre ambos contratos cuando se trata de suministros de fabricación⁸⁶⁸, en los que también habría una prestación de hacer⁸⁶⁹ y un resultado⁸⁷⁰.

Existen supuestos en los que las similitudes entre el contrato de servicios y el de suministro no son tan evidentes, para los supuestos dudosos habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 292.1⁸⁷¹ del Texto Refundido de la Ley, que resuelve las dudas que pudieran existir en cuanto a las similitudes de estas dos modalidades contractuales, en el mismo se impone al contratista una obligación de entregar los bienes en el lugar señalado, se impone por lo tanto una obligación de hacer; y el resultado son los bienes recibidos por la Administración.

⁸⁶⁶ Que se contiene en el artículo 10 del TRLCSP.

⁸⁶⁷ Supuesto este recogido en el artículo 3.3. a del TRLCSP.

⁸⁶⁸ Posibilidad a la que hace una referencia expresa el artículo 3.3. c, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁸⁶⁹ La fabricación del producto, y su entrega a la Administración. Se trata de una prestación mixta, por un lado, la fabricación del producto (obligación de hacer), y por otro, la entrega (obligación de resultado). Pero en todo caso la obligación principal es de resultado, que no es otro que la entrega del producto.

⁸⁷⁰ Resultado que se consigue cuando los bienes son recibidos por la Administración. Claramente el resultado es el que se ha apuntado. En estos casos, se produce como en el caso de las prestaciones que tienen un componente intelectual, y las que no lo tienen, en el sentido de que toda prestación tiene un componente intelectual, pero pudiendo ser calificada de intelectual cuando prima este sobre lo material.

⁸⁷¹ El artículo 292. 1 del Texto Refundido de la Ley dice que: “El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.”.

Finalmente, más allá de los argumentos ofrecidos en las últimas líneas, lo que resulta evidente es que tanto el legislador español⁸⁷², como el comunitario⁸⁷³, admite las similitudes que existen entre las dos modalidades contractuales.

- *Criterios de distinción:* Una vez admitidas las similitudes que existen entre ambas modalidades contractuales hay que ofrecer unos criterios de distinción, que permitan saber cuándo nos encontramos ante una u otra modalidad.

En primer lugar, y a la vista de lo hasta ahora expuesto, se puede decir que en todos aquellos casos en los que la prestación de hacer tenga por objeto la puesta a disposición del ente contratante de un bien mueble, salvo que se trate de un programa de ordenador a medida, o cuando se ponga a disposición propiedades incorpóreas o valores negociables, nos encontraremos ante un contrato de suministro.

Un segundo criterio de distinción entre ambas modalidades contractuales, nos lo ofrece la posibilidad de acudir a la finalidad que persigue cada una de las modalidades que estamos estudiando, como se vio el contrato de suministro tiene como finalidad la puesta a disposición del ente contratante de bienes muebles y de productos; mientras que el de servicios tiene como finalidad el desarrollo de una actividad o la consecución de un resultado distinto a la entrega de bienes muebles y de productos.

7. Distinción entre el contrato de servicios y el contrato de colaboración público privada.

7.1. Consideraciones preliminares.

El presente apartado se dedica al análisis de las diferencias que existen entre el contrato de colaboración entre el sector público y privado (CPP) y el de servicios. Este contrato

⁸⁷² El artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, define el contrato de servicios de una manera negativa diciendo que es distinto al de suministro; por lo que implícitamente está admitiendo la existencia de similitudes entre el contrato de servicios y el suministro.

⁸⁷³ El artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE, al definir los contratos de servicios también utiliza la expresión de que son distintos de los de suministro.

(colaboración público- privada) constituye una de las novedades más salientes de la nueva ley⁸⁷⁴; y en segundo lugar, la complejidad que presenta esta nueva figura contractual justifica un mayor esfuerzo en su análisis. Complejidad que se refleja tanto en las prestaciones que comprende⁸⁷⁵, como en la regulación que de esta modalidad contractual se hace en la Ley⁸⁷⁶.

Se debe apuntar que la razón que empuja al análisis de esta modalidad contractual, hay que buscarla en lo variado de las prestaciones que puede tener esta nueva figura, variedad que puede ocasionar que las prestaciones de este contrato coincidan con las del contrato de servicios⁸⁷⁷. Cabe señalar que el contrato de colaboración público- privada se encuentra llamado a jugar un papel preponderante en el futuro, lo que puede hacer que invada prestaciones propias de otros contratos típicos⁸⁷⁸, descapitalizando o desapoderando a los contratos típicos de parte de su campo de actuación⁸⁷⁹. Como veremos la nueva modalidad

⁸⁷⁴ Así lo dice el punto quinto del apartado cuarto de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido la profesora HERNANDO RYDINGS, M, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pág. 329, dice que: “De esta forma nuestro Estado, no sólo optó por continuar apostando por la colaboración público privada como fórmula de construcción de infraestructuras y de gestión de servicios públicos sino que amplió horizontes e incluye en la LCSP una nueva fórmula colaborativa junto a los de concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, o las sociedades mixtas...”.

⁸⁷⁵ La Exposición de Motivos de la Ley dice: “... como nuevas figuras contractuales que podrá utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial...”.

⁸⁷⁶ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 623, dice que: “La regulación del contrato de CPP se contiene en diez artículos del Proyecto, como ha advertido y criticado el Consejo de Estado, están repartidos de forma dispersa a lo largo de “prácticamente todos” los libros que integran la Ley.”.

⁸⁷⁷ Así el artículo 313 del Texto Refundido de la Ley dice que: “Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél...” Por lo tanto la Ley admite que el objeto del CPP debe ser una prestación que guarde similitudes con las del resto de contratos típicos.

⁸⁷⁸ Muestra de la importancia que se da a esta modalidad contractual, por parte de los poderes públicos es la comunicación aprobada por el gobierno de la nación, de 27 de noviembre de 2007, relativa al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, en la que se establece como una línea estratégica del cambio del modelo productivo una serie de medidas tendentes a potenciar el CPP, como son el permiso para su utilización por entidades públicas empresariales, su regulación para empresas de economía mixta y apoyo financiero del sector público a través de avales.

⁸⁷⁹ Se le adivina, en el futuro, una gran fuerza expansiva a este tipo contractual. Parece que este nuevo tipo se encuentra llamado a jugar un papel de relevancia en el futuro ya que constituye una forma de proveer de bienes y servicios respetando los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por otro lado, ya actualmente se trata de un tipo contractual que goza de cierto predicamento en muchos países en este sentido DARRIN

contiene un claro trasfondo económico, permitiendo al Sector Público prestar servicios a los ciudadanos sin consolidar déficit, lo que convierte esta modalidad en especialmente atractiva para épocas de crisis económica, como la que vivimos. Mediante el contrato de colaboración público privada, se pueden prestar a los ciudadanos los mismos servicios que se venían prestando, hasta el momento con los contratos clásicos (obras, servicios, gestión de servicio público, etc...) sin generar déficit, debido a que el mismo implica una distribución peculiar de las cargas económicas asociadas al contrato, trasladando un mayor riesgo económico al contratista. Es precisamente esa circunstancia (la de que por medio del CPP, se pueden prestar los mismos servicios que mediante los tipos clásicos) la que obliga a afinar la conceptualización de el nuevo tipo, para diferenciarlo de los clásicos (ver COSCULLUELA MONTANER, L.⁸⁸⁰).

El CPP debe enmarcarse dentro del contexto histórico en el que se mueven las Administraciones Públicas (Sector Público) actualmente⁸⁸¹, cada vez más complejo y cambiante, en concreto, como se verá este contrato es un instrumento que sirve para proveer

GRYMSEY en *Public private partnerships. The worldwide evolution in infrastructure provision and project finance*, 2007, pág. 3, cita como ejemplos de países en los que se hace uso de este tipo de contratos: Bulgaria, Grecia, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, España e Inglaterra. De toda la enumeración de países realizada se puede destacar una nota consistente en que se trata de una herramienta que se usa en todos los países de nuestro entorno. BORIALA V GRAHOVAC, *East and west european public-private partnerships. Public companies in restructuring and privatization*, Nova, 2007, prefacio: “The book...deals with an increasingly important topic as governments are expected to provide their citizens with more services at less cost, the traditional vehicles of public services or needed.”.

⁸⁸⁰ La realidad contextual de esta nueva modalidad contractual, ha sido explicada con brillantez por el profesor COSCULLUELA, así dice en COSCULLUELA MONTANER. L, Prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS.M. , *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, pág. 25, dice que: “Como quiera que los contratos de las Entidades Públicas son una de las vías por las que se instrumenta el gasto público, el control del déficit público en la Unión Europea ha venido también a influir muy decisivamente en la normativa de contratos. Lo ha hecho admitiendo figuras creadas en las que la relación financiera entre el contratista y la entidad contratada no se amoldan ya al esquema clásico en que la obligación principal de la entidad contratante era la de pagar el precio estipulado.”.

⁸⁸¹ GUASH, J.L., *Las concesiones en infraestructura cómo hacerlo bien*, Bosch, 2009, pág. 15: “Tradicionalmente los servicios de infraestructura siempre han sido proporcionados por empresas del Estado. Sin embargo, en general, esta fórmula ha resultado decepcionante: los incrementos de cobertura han sido limitados; la calidad del servicio, deficiente; y los niveles de eficacia operativa, bajos.”.

al Sector Público de bienes y servicios sin que los gastos consoliden a los efectos de computar el déficit público⁸⁸².

Abundando en la importancia que tiene el contrato de colaboración público privada, me gustaría resaltar que recientemente se ha producido una novedad normativa que abunda en la labor de estímulo, o fomento del uso de este tipo por parte de las Administraciones Públicas, así la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en adelante Ley de Economía Sostenible, en concreto, el artículo 37 de la anterior Ley regula las formas de financiación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado⁸⁸³; por otro lado, la Disposición adicional decimosexta de la Ley ha modificado el artículo 11 de la LCSP (ahora TRLCSP) para permitir que puedan hacer uso del CPP, no sólo las Administraciones Públicas (como era en origen), sino también las entidades públicas empresariales, con lo cual amplía su ámbito de aplicación.

7.2. Origen histórico del CPP⁸⁸⁴.

El origen histórico, y la ulterior evolución de un tipo contractual es esencial para llegar a comprender una determinada modalidad contractual, esta premisa se acentúa para el CPP, ya que al tratarse de un tipo especialmente complejo, la mejor manera de entenderlo es precisamente analizar sus orígenes, lo que a su vez nos permitirá saber por qué se crea y

⁸⁸² J. FEEMAN y M. MINOW, *Goverment by contract outsourcing and american democracy*, Harvard University Press, 2007, pág. 1: "...we live in an era of pervasive government outsourcing- what we call government by contract.". Link, Albert N, *Public/private partnerships. Inovation strategies and policy alternatives*, Springer GmbH Co, pág. 1: "Research and development (R&D) leads to innovation and innovation to technological change. Technological change, in turns, is the primary driver of economic growth. Public/private partnerships leverage the efficiency of R&D and are thus critical aspect of nation`s innovation system.". Se puede comprobar cómo se contempla al CPP como un instrumento clave en la estrategia de cambio de las Administraciones Públicas.

⁸⁸³ Con una medida como la anterior se está fomentando el uso del tipo comentado, ya que una de las características con las que ha nacido este contrato es la parquedad regulatoria, lo que ha provocado que sea desconocido, por eso el legislador se ha preocupado de ir delimitando sus contornos.

⁸⁸⁴ La doctrina norteamericana ha encontrado orígenes remotos de este sistema de colaboración entre el sector público y el privado, A. LINK, *Public/private partnerships. Inovation strategies and policy alternatives*, Springer GmbH Co, 2007, pág. 8: "Benjamin Franklin formed the American Philosophical Society of Philadelphia in 1742 for the porpose of encouraging correspondence with colonists in all areas of science....thus, Franklin`s combined society was hallmark of how public and private sector interests could eork together for the common weel."

cuáles son los motivos que le hacen expandirse hasta tener la importancia que tiene en el momento actual.

Los orígenes históricos de esta nueva figura se deben buscar en tres lugares: en el derecho comparado, en la normativa comunitaria y en nuestro ordenamiento jurídico.

A) orígenes del contrato en el derecho comparado.

Los orígenes en el derecho comparado han de buscarse en el Reino Unido a principios de los años 80, en concreto en el programa MINIS, dirigido a eliminar partidas de gasto innecesarias⁸⁸⁵. En el año 1982 se lanza el programa Private Finance Initiative (PFI) con la finalidad de introducir los mecanismos de gestión y financiación del Sector privado en los proyectos de las Administraciones públicas. Su finalidad consistiría en evaluar, con los criterios del “value for money” (o valor del dinero)⁸⁸⁶ las diversas opciones de financiación, pública o privada de cada uno de los proyectos que se liciten, de tal manera que el sector privado asumirá los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia, es decir, la construcción, diseño, operación y financiación⁸⁸⁷. Dice GARCÍA CAPDEPÓN, P. M. que se pensaba que este tipo de iniciativas eran impulsadas exclusivamente por los gobiernos conservadores pero lo cierto es que, cuando en 1997 llegó al poder el Gobierno laborista, introdujo cambios en el procedimiento si bien mantuvo las líneas esenciales de estos modelos. Así se defendió en la “*Third Way*” (Tercera vía) con la que se prescinde del debate entre propiedad pública y privada para centrarse en conseguir servicios modernos y de calidad tomando las mejores características de los Sectores público y privado. La última etapa en el proceso se alcanza en el año 2000, cuando se introduce la técnica “Best Value”, que permite elegir ofertas más costosas siempre que mejoren la eficiencia, de manera que se

⁸⁸⁵ P.M. GARCÍA DE CAPDEPÓN, *Los contratos de colaboración público privada*, op. cit.

⁸⁸⁶ Sobre el Value for Money, E. NIETO GARRIDO, *El new public...*, op. cit. pág. 396, dice que: “Si embargo, actualmente, la función de auditoría es más amplia, y que implica la técnica conocida como el Value for Money. Es decir, el Auditor General deberá comprobar que se ha obtenido “el máximo valor por el dinero gastado”, a través de estudios nacionales que comparan lo gastado y lo obtenido en procesos similares no sólo en el sector público, sino también en el sector privado.”.

⁸⁸⁷ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 101.

amplía el abanico de posibilidades y se define mejor el objetivo: conseguir la mejor solución posible y no solo la más barata. Por último cabe señalar que estos contratos reciben el nombre en Inglaterra de Public Private Partnership (PPP)⁸⁸⁸.

B) Los orígenes del contrato en el derecho comunitario.

Acerca de los orígenes de los CPP en el derecho comunitario hay que señalar, que su antecedente más remoto lo encontramos en la Directiva 93/37/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras⁸⁸⁹. El siguiente paso como recuerda GARCÍA CAPDEPÓN, P.M.⁸⁹⁰ se da con el “Libro verde sobre la contratación pública en la Unión europea: reflexiones para el futuro”, y otra posterior denominada “la contratación Pública en la Unión Europea”⁸⁹¹. En estos documentos ya se plantea la conveniencia de regular las formas de asociación entre el sector público y el privado, entre las que incluyen la financiación privada de infraestructuras públicas y las privatizaciones.

Con la comunicación sobre “Desarrollo de la red trans-europea de transporte: Financiaciones innovadoras- Interoperabilidad del telepeaje”⁸⁹², dice que las Asociaciones entre el sector público y el privado (APP) representan hoy en día una opción válida para la financiación de infraestructuras de transporte en Europa, pero debe enfrentarse a numerosos obstáculos de carácter económico, jurídico y a veces político, en este documento la Comisión apunta una serie de condiciones necesarias para las CPP en los proyectos de RTE⁸⁹³. En concreto apunta nueve condiciones⁸⁹⁴; también advierte la Comisión cinco

⁸⁸⁸ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *contrato de colaboración público privada*, Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006, pág. 8.

⁸⁸⁹ En esta Directiva se alude al contrato de concesión de obras que presenta una regulación mínima. Recordemos que esta modalidad contractual es considerada por el derecho comunitario como una forma de CPP.

⁸⁹⁰ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 106.

⁸⁹¹ De 1998.

⁸⁹² Comunicación de 23 de abril de 2003.

⁸⁹³ Cuando utilizamos el término RTE, nos referimos a los proyectos de infraestructuras.

⁸⁹⁴ La condiciones que aporta la Comisión son: 1) definición del objeto del proyecto con gran calidad; 2) voluntad política clara y enmarcada en unos límites temporales concretos, con el fin de evitar que se pongan

limitaciones al establecimiento de este tipo de asociaciones⁸⁹⁵. Así la profesora HERNANDO RYDINGS, M., nos recuerda que a finales de la década de los noventa, ya se habían sentado las bases de la colaboración público privada en el ámbito comunitario⁸⁹⁶.

El siguiente paso, desde un punto de vista cronológico se produce con la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, GARCÍA CAPDEPÓN, P.M. señala que con esta Directiva se produce una clara potenciación de los CPP, destacando varios aspectos en ese sentido⁸⁹⁷ como la habilitación conjunta de la contratación de proyecto y de obras, o la posibilidad de recabar asesoramiento de los licitadores, entre otras.

El último paso en el avance del CPP en el ámbito comunitario lo encontramos con el Libro Verde sobre la Colaboración público- privada y el Derecho comunitario en materia de

en tela de juicio las decisiones iniciales; 3) las partes implicadas deben trabajar para lograr una cooperación eficaz; 4) debe existir una total transparencia en los costes, en las condiciones de concesión y de explotación y, más generalmente en el proyecto. En particular, se trata de garantizar que el sector privado no se vea obligado a absorber los eventuales excesos de costes con relación a las previsiones que contaba el momento de ser elegido candidato; 5) deben determinarse claramente unas garantías financieras y existir un entorno jurídico elaborado y estable; 6) el proyecto debe estar dimensionado desde el punto de vista económico; 7) el proyecto debe generar unos ingresos en unos plazos razonables, incluida la posibilidad de actividades conexas; 8) el proyecto debe prever el reparto de los ingresos más allá de una cifra decidida conjuntamente (ingresos mínimos garantizados por el Estado, sin que ello pueda dar lugar a ayudas enmascaradas); 9) el proyecto debe prever también un reparto claro detallado de los riesgos, de forma que cada parte tenga bajo su control el riesgo que mejor pueda asumir.

⁸⁹⁵ Las limitaciones serían las siguientes: 1) las reticencias de determinados miembros a impulsar las APP; 2) la duración cada vez más larga de las negociaciones, que constituye un elemento disuasorio; 3) la suma necesaria para participar en una licitación está en relación con el tamaño y la complejidad del proyecto; 4) la búsqueda de rentabilidad a corto plazo, cuando se trata en su mayoría de proyectos a largo, muy largo, plazo; 5) el contexto político, a menudo fluctuante, que genera incertidumbres que inciden en la rentabilidad del proyecto y pueden disuadir al inversor privado.

⁸⁹⁶ HERNANDO RYDINGS, M. , *La colaboración público privada....*, op. cit, pág. 142, dice que: "...podemos afirmar que a finales de los años noventa ya se habían sentado, en el ámbito comunitario, las bases de la colaboración público privada y que la misma se concibió inicialmente como la fórmula que iba a permitir acometer la ejecución y modernización de las redes trans europeas de transporte sin poner en peligro el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria..."

⁸⁹⁷ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 110, destaca los siguientes aspectos, como potenciadores de los CPP: 1) se habilita la contratación conjunta de proyecto y obras (considerando 9º); 2) se exige la libertad para que las ofertas reflejen diversidad de soluciones técnicas en términos funcionales o de resultado (considerando 29º; 3) se permite la variante pero sólo la explícita (artículo 24.2); 4) Los poderes adjudicadores podrán recabar asesoramiento de los licitadores "siempre que dicho asesoramiento no tenga por objeto impedir la competencia (considerando 8º y artículo 1.11.c y d); 5) considera el autor citado que los más relevante, es la aparición del diálogo competitivo.

contratación pública y concesiones⁸⁹⁸. El mencionado libro tiene como finalidad iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de CPP puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica (apartado 1.2.16). Como señala el propio libro verde este contrato carece de definición en el ámbito comunitario⁸⁹⁹; lo que supone que en el ámbito comunitario nos encontremos ante una figura más que inacabada, no regulada, ya que el legislador comunitario está dando los pasos conducentes a llegar a una regulación de esta modalidad. Es por esa razón por la que parece un tanto aventurado que el legislador español se haya lanzado a regular una modalidad contractual como esta, pretendiendo tomar como referencia el derecho comunitario⁹⁰⁰, lo que conduce a decir que la regulación contenida en la LCSP es una regulación que tiene fecha de caducidad⁹⁰¹.

Finalmente apuntar, en esta alusión al derecho comunitario que siguiendo a COLLADO MARTÍNEZ, R. M. la finalidad del contrato diseñado por la Unión Europea no es estrictamente jurídica sino financiera y presupuestaria, lo que trata de solucionar esta modalidad contractual no es otra cosa que la financiación de actividades de interés público⁹⁰².

C) Los orígenes del contrato en el ordenamiento español.

⁸⁹⁸ De 30 de abril de 2004. Este libro tiene dos precedentes: el Dictamen del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2002, en que instó a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de CPP; y el Dictamen del Consejo Económico y Social de 16 de enero de 2001.

⁸⁹⁹ Apartado 1.1.1.

⁹⁰⁰ Recordemos que el TRLCSP considera que este contrato es de los que están sujetos a una regulación armonizada. Lo anterior supone un compromiso a la para la propia categoría, contrato sujeto a regulación armonizada (SARA), ya que el CPP carece de una regulación comunitaria lo que le excluiría de lleno de esa regulación.

⁹⁰¹ La caducidad la determinará la futura directiva que regule los CPP. Este parece un caso de legislación per saltum, esto es el legislador decide no esperar a la norma de cabecera adelantándose con una regulación que en el futuro se verá desplazada por la norma de referencia (Futura Directiva).

⁹⁰² R.M. MARTÍNEZ COLLADO, *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 8, 2007, pág. 194.

Los antecedentes más remotos del actual CPP en el ordenamiento jurídico español los encontramos en la regulación de las concesiones de obras⁹⁰³. Con anterioridad a la aprobación de la LCSP ya se hacía uso de una modalidad contractual el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. ha calificado como de CPP el arrendamiento operativo, modalidad de la cual se venía haciendo uso antes de la aprobación del TLCSP⁹⁰⁴.

El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005⁹⁰⁵ por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso de la productividad⁹⁰⁶, el mandato 44º está dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el proyecto de LCSP, además de transponer la Directiva 2004/18/CE, incorpore una regulación de los CPP⁹⁰⁷.

Con respecto a la decisión tomada por el legislador español de regular esta figura contractual, hay que tener cautela. Por un lado, la aparición de esta regulación tiene varios efectos beneficiosos como el de dar seguridad jurídica⁹⁰⁸; también se puede considerar que la LCSP constituye una invitación a las Administraciones públicas para que generalicen el uso de este tipo de modalidades contractuales.

⁹⁰³ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 102.

⁹⁰⁴ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 31 y sig. este autor nos dice que el arrendamiento operativo es un contrato mixto en el sentido de que tiene dos elementos necesarios: por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendante. A ello se añade un tercer pilar frecuente pero no imprescindible: el otorgamiento de un derecho de superficie en el terreno en el que se va a erigir el edificio, algo que en ocasiones, bastante poco usuales, suele ser sustituido por el medieval censo enfitéutico.

⁹⁰⁵ BOE de 2 de abril de 2005. Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso de la productividad.

⁹⁰⁶ El Acuerdo contiene una serie de mandatos a los distintos Ministerios para que llevar a cabo una serie de medidas.

⁹⁰⁷ El punto 44º del Acuerdo dice: “ El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores...”.

⁹⁰⁸ La seguridad jurídica se consigue al ofrecer el legislador a los operadores un marco jurídico estable, que puede servir de apoyo a la Administración y a los contratistas. Entre otras ventajas este nuevo marco jurídico garantiza la publicidad de este tipo de contratos, que como ya se ha podido comprobar se venían realizando en nuestro país.

No obstante, lo que parece evidente es que la regulación contenida en el TLCSP con respecto al CPP es una regulación que tiene fecha de caducidad puesto que la misma pende de lo que disponga la futura directiva que regule el CPP⁹⁰⁹. Esta decisión del legislador español resulta novedosa, sobre todo si se compara con la ausencia de regulación de esta figura en los sistemas jurídicos de nuestro entorno⁹¹⁰. Se trata de un ejemplo de legislación per saltum, es decir se produce la regulación de una materia antes de que la norma de cabecera (directiva) se haya dictado. Esta medida no plantea problemas de conflicto con el ordenamiento jurídico comunitario, ya que por todos es sabido, que a las instituciones comunitarias les interesan los tipos contractuales que se han tratado por las directivas reguladoras de la materia, quedando el resto de cuestiones en manos de los países miembros que tienen libertad para la regulación.

A todo lo anterior, se debe recordar lo ya dicho, en el sentido de destacar la clara apuesta que existe actualmente en el ordenamiento jurídico español, a favor, de las formas de colaboración público privada, al haber ampliado la Ley de Economía Sostenible sus posibilidades de uso, siendo ahora posible que sea utilizado por las *entidades públicas empresariales*. Esta modificación legislativa constituye una nueva invitación a los entes que integran el Sector Público, para que usen este tipo contractual. No supone sino un reconocimiento implícito de la incapacidad financiera actual del Sector Público para prestar servicios a los ciudadanos, invitando al uso de fórmulas que no consoliden déficit.

7.3. Argumentos que justifican la aparición de esta modalidad contractual.

La introducción de una modalidad contractual ex novo en nuestro ordenamiento jurídico, hace necesario que se proceda a señalar cuáles son las razones que justifican la aparición de la misma. Se trata aquí de aportar argumentos que justifican la aparición de esta figura con el fin de comprender mejor cuales son las razones que han impulsado al legislador a regular el CPP, sin contar con un tipo de referencia en el derecho comunitario.

⁹⁰⁹ Los primeros pasos de la futura directiva son los que se ha iniciado con el ya mencionado Libro verde sobre la colaboración público- privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

⁹¹⁰ Esta figura del CPP es desconocida tanto en el ordenamiento jurídico francés, como en el navarro. Siendo pues el legislador español pionero en abordar una regulación de esta modalidad.

-
- El primer argumento a favor, es el de la solidaridad intergeneracional, con el CPP se permite que no sea una generación la que corra con el coste de construcción del que se van a beneficiar generaciones futuras. Señala GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. que el principal problema que plantea esta nota de la solidaridad intergeneracional, es que la proyección futura del contrato, supone que se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales de los procesos electorales; planteándose un problema de legitimidad, ya que con la decisión de un determinado gobierno se condicionan las posibles decisiones de los futuros.
 - El siguiente argumento, consiste en afirmar la superioridad técnica de los socios privados para afrontar el proceso de construir infraestructuras y proveer los servicios añadidos. Este argumento no es nuevo, sino que supone en cierto modo, una vuelta a los principios que inspiraron la legislación liberal del siglo XIX, implica por lo tanto una vuelta a los viejos principios liberales.
 - Otro argumento, viene dado de la afirmación de la incapacidad del Estado para proveer de todas las infraestructuras necesarias para la sociedad moderna⁹¹¹.
 - También se han aportado argumentos de índole presupuestaria, que presentan una doble problemática, en primer lugar, los tradicionales problemas de ausencia de dinero para afrontar todas las infraestructuras que haría falta; en segundo lugar, los límites que se imponen al endeudamiento de las Administraciones públicas⁹¹².

⁹¹¹ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, Contrato de colaboración..., op. cit. pág. 10.

⁹¹² J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, Contrato de colaboración..., op. cit. pág. 10, dice este autor refiriéndose a los límites que se imponen al endeudamiento de las Administraciones públicas, que: “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997, ha impuesto límites en los niveles de endeudamiento de las Administraciones públicas, cuya superación da lugar a una serie de sanciones. También F. PASCUA MATEO, *Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales*, Revista de Administración Pública, núm. 158, 2002, dice que:”En efecto, el proceso, diseñado por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y culminado, salvo a los meros efectos de circulación de billetes y monedas que ha llenado las conversaciones del inicio de 2002, con el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de mayo de 1998, ha supuesto la adopción por todos los miembros de la moneda única de una serie de importantes compromisos de estabilidad económica. Éstos, en lo relativo al equilibrio presupuestario, se concretaron en la previsión del artículo 104.c (hoy artículo 104) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de que “los Estados miembros

- Se ha dicho que los CPP son una nueva forma de entender el rol de las Administraciones públicas en el ámbito económico: de ser prestadoras de servicios pasan a ser reguladoras de las actividades de los privados⁹¹³. No se debe olvidar que cada vez es más frecuente que las Administraciones públicas se inspiren en las técnicas y postulados del sector privado⁹¹⁴, uno de estos postulados que inspiran el actuar de las empresas se podría resumir diciendo que las empresas se han dado cuenta que lo que les hace líderes en el mercado no es la autosuficiencia de medios, sino que pueden concentrarse únicamente en algunos aspectos de su cadena que les da un valor añadido, pudiendo subcontratar el resto⁹¹⁵. CHINCILLA MARTÍN, C., dice que con la evolución del papel del Estado en el ámbito económico ha pasado de operador directo a organizador, regulador y controlador⁹¹⁶. Por lo tanto el valor añadido que proporciona la Administración a los ciudadanos igual no viene determinado de la prestación directa de servicios, sino que proviene de su papel como regulador de las conductas de los particulares.

- Como nota negativa podemos señalar con GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. que estos contratos se acaban transformando en un recurso a lo privado con garantía de beneficio público⁹¹⁷. Pero todo contrato constituye precisamente en eso, un recurso a lo privado con garantía de beneficio público, si bien es cierto que en el caso del CPP los sistemas de distribución de cargas económicas son novedosos con respecto a los sistemas clásicos de financiación,

evitarán déficits públicos excesivos”. Dicha previsión se concretaba en un Protocolo anexo que cuantificó la situación anterior en un déficit superior al 3% del PIB a precios de mercado, así como en un procedimiento aplicable a cada Estado en caso de incurrir en dicha situación y que impediría de producirse, en el momento de examinar los países aptos para ingresar en el Euro, la superación de tal examen.”.

⁹¹³ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 90 dice que: “... algunos piensan que la Administración moderna debe replegarse a hacer lo que sabe hacer, es decir, regular, controlar y ocuparse de incrementar la eficiencia de gasto público mediante contratos con terceros dado que no se ha demostrado que pueda conseguir con sus propios medios la misma eficiencia que alcanza el Sector privado en la provisión de servicios y bienes.”.

⁹¹⁴ Así encontramos la asunción de las técnicas de calidad, que han sido importadas del sector privado. Que buscan una mayor calidad en la prestación de los servicios a los ciudadanos. A modo de ejemplo cabe señalar que la Comunidad de Madrid creó en el año 1995 la Dirección General de Calidad que tenía por objeto impulsar estas técnicas.

⁹¹⁵ G. SAMANIEGO BORDIÚ, *la regulación española*, op. cit. pág. 1035.

⁹¹⁶ C. CHINCILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 616.

⁹¹⁷ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 37.

produciéndose un mayor traspaso de riesgos al contratista, que a su vez y como consecuencia del mayor riesgo tiene un mayor margen de beneficio.

7.4. Características del contrato.

A la hora de abordar las características de esta modalidad contractual, se puede comprobar cómo los autores que se han ocupado de esta cuestión coinciden sustancialmente entre ellos, y con lo establecido por las instancias comunitarias.

Se pueden señalar las siguientes características de los CCP:

- 1) Son negocios jurídicos de duración relativamente larga, normalmente superior a 20 años, aunque los de infraestructuras tecnológicas podrían tener una vigencia de 10 años.
- 2) Intensifica la cooperación entre el socio público y el privado. En este tipo de contratos la Administración asume menos cometidos que en los contratos administrativos tradicionales.
- 3) La consecuencia de un nuevo reparto de prestaciones y actividades es una nueva asignación de los riesgos.
- 4) La remuneración al operador privado suele provenir de los usuarios aunque también cabe que se satisfaga por la Administración⁹¹⁸. Los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento⁹¹⁹. Los pagos del CPP suelen estar basados en resultados y normalmente van ligados a la disponibilidad de los servicios o la infraestructura⁹²⁰.
- 5) La utilización de esta modalidad contractual va presidida de un cambio de filosofía de gestión de los asuntos públicos. En este sentido, aparecen nuevas herramientas para el análisis de la financiación de proyectos, que permiten comparar resultados

⁹¹⁸ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 93. Esta nota característica también es resaltada en el citado Libro verde...

⁹¹⁹ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 15.

⁹²⁰ La solución de la cooperación público privada. Realidad y futuro de las infraestructuras en Europa. PriceWaterhouse&Coopers. pág. 15.

entre la financiación pública o privada en cada caso y conseguir así la mejora de la eficiencia de la inversión pública⁹²¹. Son modalidades contractuales complejas para lograr un valor añadido complementario en la utilización del dinero público⁹²².

- 6) Las labores del socio público en este tipo de contrato, han sido ya delimitadas por la profesora HERNANDO RYDINGS, M., que nos recuerda que a éste le corresponde definir los objetivos que se han de alcanzar en materia de interés público, la calidad de los servicios propuestos y la política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de tales objetivos⁹²³.
- 7) El reparto de riesgos entre el socio público y el privado, al que se transfieren riesgos que normalmente soporta el sector público⁹²⁴. El sistema de transferencia de riesgos tiene por objeto que la operación que se hace por CPP, no consolide en las cuentas públicas⁹²⁵.
- 8) Un aspecto destacable de la colaboración público privada es el relativo a la financiación pública del contrato. Sobre las modulaciones que la misma admite, me gustaría traer a este punto la acertada reflexión de la profesora HERNANDO RYDINGS, M., que dice que: “Esta financiación resultará imprescindible si la Administración decide realizar un proyecto que carezca de rentabilidad suficiente para atraer empresas...”⁹²⁶.
- 9) Las principales notas características de estos contratos son que los mismos se utilizan para la realización de prestaciones complejas o afectadas de cierta indeterminación inicial⁹²⁷. También resalta la nota de la complejidad GONZÁLEZ

⁹²¹ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 95.

⁹²² J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 16.

⁹²³ HERNÁNDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada...*, op. cit., pág. 159.

⁹²⁴ Así lo dice el Libro verde..., dice que: “El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.”.

⁹²⁵ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 13, dice que: “No obstante, esta transferencia de riesgos se ha de efectuar si queremos que no se consolide en las cuentas públicas a una transferencia de riesgos suficiente al socio particular; de tal manera que éste asuma los riesgos de construcción y los de demanda o disponibilidad, en función de la modalidad contractual ante la que nos encontremos.”.

⁹²⁶ HERNÁNDO RYDINGS, M , *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, op. cit. pág. 158.

⁹²⁷ Así lo dice el punto cuarto de la Exposición de Motivos de la LCSP.

GARCÍA, J.V.⁹²⁸. Complejidad e indeterminación inicial, son pues las dos notas con las que el legislador español ha decidido caracterizar a esta modalidad contractual. Sobre la complejidad cabe señalar que es una nota confusa, ya que resulta difícil discernir cual es el grado de complejidad que convierte a un contrato típico en un CPP. En cuanto a la indeterminación inicial, resulta una característica lógica de este tipo contractual puesto que las prestaciones que pueden tener por objeto estos contratos son tan diversas que se podría decir que la regulación permite configurar para cada CPP un tipo distinto. No se debe olvidar que se ha llegado a señalar que estos contratos pretenden prestar un servicio integral, por ese motivo han sido definidos expresivamente como modelos para armar⁹²⁹. Estas dos notas no han de darse conjunta o acumulativamente, sino que pueden darse de una manera separada⁹³⁰.

A la vista de todas las características que han sido apuntadas de los CPP, se puede decir que nos encontramos ante unas modalidades contractuales que tienen por objeto atraer a los inversores privados para proveer infraestructuras y servicios. Mediante el uso de las mismas la Administración logra evitar la consolidación contable de estas modalidades contractuales, proporcionando más servicios a los ciudadanos. Hay que señalar que las dos notas principales con las que el legislador español ha decidido caracterizar a este tipo contractual son la complejidad, y la relativa indeterminación inicial de la prestación. Centrándonos en esta última nota, se puede decir que nos encontramos ante una modalidad contractual abierta, capaz de adaptarse con una mayor flexibilidad que las típicas a las necesidades que tiene la Administración en cada momento, esto hace pensar que pudiera ser que en el futuro a medida que se comprueben los avatares que rodean a esta modalidad contractual,

⁹²⁸ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 13.

⁹²⁹ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág.22, dice que: “En este sentido, bien se podría decir, parafraseando a Julio Cortázar, que los CPP son “modelos para armar”, en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrá aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura...”.

⁹³⁰ Así se infiere de lo establecido en el apartado cuarto de la Exposición de Motivos de la LCSP.

aparezcan nuevas características que complementen o incluso que excluyan a alguna de las que han sido apuntadas en estas breves líneas dedicadas al CPP.

7.5. Definiciones dadas del CPP.

Una mínima aproximación al CPP conduce a señalar que se trata de una modalidad contractual compleja, y la indefinición de la que adolece hace que sea difícil encontrar definiciones de CPP. No obstante, se ha encontrado alguna que puede que ayude a conceptualizar este tipo contractual, se destacan las siguientes:

- 1) Las instituciones comunitarias lo definen como: “ En general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio⁹³¹.
- 2) Para la Organización de Naciones Unidas una relación de CPP puede definirse como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente⁹³².
- 3) El Eurostat⁹³³ se refiere a las relaciones público- privadas como las celebradas con uno o varios socios, directamente o a través de una entidad especial constituida con este propósito, que posea un “saber hacer” en relación con el objeto de la relación durante la vigencia de aquél, que se caracteriza porque en el contrato menciona a la vez la producción de activos designados específicamente, que necesitan un gasto inicial de capital, así como la provisión de servicios agregados, que requieren la utilización de los activos y que siguen normas determinadas de

⁹³¹ Libro verde sobre la colaboración..., y citado.

⁹³² Comisión Económica para Europa, Negotiation Platform for Public- Private Partnership in infrastructure projects, 2000.

⁹³³ La oficina estadística de la Unión Europea. Que es el órgano encargado de la elaboración de las reglas y de los principios aplicables en el ámbito presupuestario a todos los países miembros de la Unión Europea.

calidad y volumen aunque cabe que el Estado sea el principal comprador de los servicios provistos por el socio⁹³⁴.

- 4) Definición Standard & Poors: Una CPP es toda relación a medio- largo plazo entre los sectores público y privado que conlleve compartir riesgos y los beneficios de unas habilidades, una experiencia y una financiación multisector para obtener los resultados deseados⁹³⁵.
- 5) Definición dada por el Banco Europeo de Inversiones: Colaboración público-privada es un término genérico para las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales, flexibles, hasta contratos DBFO (diseño, construcción, financiación y operación), pasando por las empresas mixtas⁹³⁶.
- 6) El TLCSP en su artículo 11 dice que:

“1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública⁹³⁷ o una entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas⁹³⁸ encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones materiales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o

⁹³⁴ Decisión de 11 de febrero de 2004 sobre el tratamiento del déficit y deuda de las relaciones público-privadas.

⁹³⁵ Standard & Poor's Credit Survey 2005.

⁹³⁶ Banco Europeo de Inversiones, “The EIB's role in Public- Private Partnerships”, julio de 2004.

⁹³⁷ Consecuencia de que sean celebrados por una Administración Pública, es que los CPP únicamente pueden ser contratos administrativos.

⁹³⁸ El inciso “...o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas....” ha sido introducido por la Ley de Economía Sostenible.

relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.”⁹³⁹.

CHINCHILLA MARTÍN, C., señala que el objeto del contrato gira en torno al concepto de servicio público o de actuación de interés general. Nos encontramos con que la definición propuesta por el legislador adolece de ciertas imprecisiones⁹⁴⁰, o más bien se trata de una definición abierta que admite que en la misma se puedan encajar múltiples prestaciones. Esta consideración, se debe engarzar con lo anteriormente señalado, cuando se aludía a las características de estos contratos y se decía que una de las mismas era que adolecían de una cierta indefinición inicial⁹⁴¹. Si se quiere que el CPP sea una modalidad contractual dinámica o polivalente⁹⁴², que ampare las más diversas formas de colaboración entre el sector público y el privado es evidente que el TRLCSP no puede contener una definición

⁹³⁹ Dictamen sobre el proyecto del Consejo de Estado, ya citado, pág. 39, dice que: “ha hecho un notable esfuerzo de precisión a la hora de definir el tipo de contrato CPP.”, preguntándose después si se ha conseguido o no esa precisión.

⁹⁴⁰ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 624, dice que: “En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable...”.

⁹⁴¹ Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LCSP.

⁹⁴² La polivalencia en el CPP viene dada por el hecho de que mediante el uso de este contrato se pueda proveer a la Administración, de todo tipo de bienes y de servicios.

cerrada del contrato que imposibilitaría el comentado dinamismo o polivalencia, convirtiendo a esta modalidad contractual en una figura estéril. Como reverso al tema de la indefinición, aparece que una figura contractual demasiado abierta, podría hacer que esta modalidad contractual sea prácticamente irreconocible, o incluso que mediante el CPP se llegue a vaciar de contenido otras modalidades contractuales⁹⁴³. Soy partidario de hacer un esfuerzo de abstracción a la hora de conceptuar este contrato, no centrándose tanto en las prestaciones sobre las que recae, sino en la complejidad e indefinición inicial de las mismas.

De esta manera, siendo consciente de los riesgos que implica, me atrevo a proponer la siguiente definición de CPP para nuestro ordenamiento jurídico: “Los CPP son contratos administrativos suscritos con el sector privado, que pueden tener por objeto las prestaciones de alguno o algunos de los otros contratos típicos, estando caracterizadas por su complejidad o por su indefinición inicial; y en los que se usa un sistema de reparto de riesgos económicos asociados a la ejecución, entre el contratista y la Administración, peculiar caracterizado por la asunción de un mayor riesgo por parte del contratista.”.

7.6. Tipos de CPP.

Como ya se ha podido advertir, en esta exposición, los CPP son unas modalidades contractuales que se caracterizan por la amplitud de su objeto, consecuencia de esta amplitud es que se hayan realizado diversas clasificaciones de los mismos, que hacen que se pueda hablar de tipos de CPP.

Si los orígenes de los CPP en el derecho comparado comunitario se han fijado en Inglaterra, lo lógico es que se empiece esta exposición aludiendo a los tipos de CPP que se reconocen en este país:

⁹⁴³ La indefinición de la que adolece el CPP, hace que la categoría fluctúe hacia uno u otro lado, lo que permite que prestaciones propias de contratos típicos se conduzcan hacia el CPP. La amplitud terminológica con la que se concibe el contrato, plantea un problema de tipificación, o de vis atractiva, ya que una prestación, en función de matices diversos puede derivar hacia uno u otro tipo. Las diferencias entre el contrato de servicios u otros contratos típicos, y el CPP son significativas ya que estos presentan una regulación más acabada que aquel.

-
- a) Proyectos financieramente independientes, que cuentan, a lo más, con una participación residual de la Administración.
 - b) Las “joint- ventures”, que son entidades corporativas en las que participa la Administración y los particulares.
 - c) Los “shadow toll projects” que implican la compra de servicios por el Sector público en función del uso de la infraestructura, calidad y seguridad, acaso como primer paso a la concesión pura⁹⁴⁴.

Otra de las clasificaciones, que de estas modalidades contractuales existe es la realizada por la Comisión de la Comunidad Europea, en el embrión de lo que será la nueva directiva de CPP. Creo que por el lugar de donde proviene tiene que ser objeto de un análisis más profundo. CHINCHILLA MARTÍN, C., sistematizando la clasificación que hace la Comisión, distingue entre⁹⁴⁵:

- a) Las operaciones de CPP de tipo puramente contractual, que se caracterizan porque la colaboración entre el sector público y el privado se hace a través de un contrato celebrado entre el organismo público y el empresario privado⁹⁴⁶.
- b) La que se denomina por la Comisión, CPP de tipo institucionalizado, que se define porque implica la creación de una entidad en la que participa, de manera conjunta el socio público y el privado⁹⁴⁷.

Dentro de los CPP de tipo contractual, la Comisión distingue a su vez dos modalidades:

a.1) La concesión, que según la Comisión se caracteriza por dos requisitos: El primero, es que tiene que haber un vínculo directo, entre el socio privado, esto es el contratista o

⁹⁴⁴ P.M. GARCÍA CAPDEPÓN, *Los contratos de...*, op. cit. pág. 101.

⁹⁴⁵ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 617.

⁹⁴⁶ Dice la Comisión en el Libro verde sobre este tipo de operaciones, que la colaboración entre los sectores público y privado, se basa en vínculos convencionales.

⁹⁴⁷ Sobre este tipo de operaciones dice la Comisión, en el Libro verde, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

concesionario, y el usuario final; y en segundo lugar, la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas por los poderes públicos⁹⁴⁸. Sobre la concesión en el ámbito comunitario, la profesora HERNANDO RYDINGS, M., nos recuerda que esta figura, para las instituciones comunitarias, presenta una serie de características comunes, independientes de su objeto, tales como el criterio de la explotación y la transferencia de responsabilidad⁹⁴⁹.

a.2) Otros tipos de organización o contratos públicos, la tarea del socio privado es realizar y gestionar una infraestructura para la Administración Pública. En ellas no hay un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración que será la que utilice la infraestructura. En segundo lugar, y en consecuencia, la remuneración del contratista no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio público. Esos pagos periódicos pueden ser fijos, pero también pueden ser variables, calculados en función de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuencia de la obra.

Esta clasificación choca con inconvenientes al transponerla a la regulación que de la concesión y del CPP hace el TLCSP, en particular destacamos los siguientes:

- 1) Dice la Comisión que en la concesión la remuneración al contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas con los poderes públicos. Mientras que en la concesión que regula el TLCSP, no es imprescindible

⁹⁴⁸ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 617.

⁹⁴⁹ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada..* op. cit. Pág. 148, dice que: "...la Comisión sostiene que un contrato de concesión siempre presenta una serie de características comunes con independencia de cual sea su objeto; una obra o un servicio. De esta forma, y al igual que ocurre con las concesiones de obras, el criterio de la explotación y la transferencia de la responsabilidad sobre la misma al concesionario, ha de constituir una condición esencial en orden a poder determinar si nos encontramos ante una concesión de servicios o no."

que haya un abono de tarifas por parte de los usuarios de la obra⁹⁵⁰, quebrando por lo tanto este requisito en el ordenamiento español.

- 2) Para el derecho comunitario la concesión es considerada como una de las variantes de CPP⁹⁵¹.
- 3) En todos estos aquellos casos en los que existiera duda de si nos encontramos ante una concesión, o ante un CPP. Habrá que resolver la controversia tomando en consideración la nota de la complejidad y de la indefinición inicial que acompaña a los CPP⁹⁵².

7.7. Aspectos presupuestarios del contrato.

Una de las principales características del CPP, y probablemente la que ha hecho que esta modalidad contractual haya sido recibida felizmente por los países comunitarios es que en función de cómo se configure el reparto de riesgos del contrato entre la Administración y el contratista es posible que el CPP no consolide contablemente en las cuentas de la Administración que hace uso del mismo⁹⁵³. Como fácilmente se puede entender, en un contexto como el que se mueven las Administraciones Públicas, actualmente de contención del déficit público, y ante las demandas de la sociedad en aras a la reducción de la presión fiscal, esta modalidad contractual puede convertirse en un instrumento valioso para proporcionar las infraestructuras que los ciudadanos demandan, respetando las restricciones

⁹⁵⁰ Artículos 6.1 y 238. 4 de la LCSP. Como se puede ver de la lectura de estos preceptos con la regulación nacional es posible que sea la Administración la que abone la obra al contratista.

⁹⁵¹ Esta divergencia en la conceptualización de estas figuras contractuales podría plantear diferencias a la hora de transponer la futura directiva comunitaria sobre el CPP. El principal problema vendría determinado por la distinta denominación que podría darse a estas modalidades contractuales (concesión/ CPP); pero como ya sabemos a estas alturas ya se ha planteado en nuestro ordenamiento esa divergencia terminológica entre la legislación comunitaria y la nacional, con los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, resolviéndose manteniendo la denominación consultoría y asistencia, respetando para esta modalidad las normas que venían impuestas por el derecho comunitario. La misma solución podría darse a este supuesto.

⁹⁵² Notas que pueden encontrarse en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LCSP.

⁹⁵³ J.V. GONZÁLEZ, *contrato de colaboración...*, op. cit. pag. 17, dice que: “Como se ha visto con anterioridad, distintas son las razones que justifican el auge de los CPP. Posiblemente, entre todas ellas, una de las más determinantes consiste en la posibilidad de que, incluso si en pago final lo realiza la propia Administración, no se compute a efectos de déficit público.”.

presupuestarias que se les imponen⁹⁵⁴. Este valor del CPP, ha sido destacado con lucidez por el profesor COSCULLUELA MONTANER, L., quién pone el acento en la clave de esta modalidad contractual, a los efectos de utilidad práctica en el ámbito de las Administraciones, cual es la ventaja que ofrece para el cálculo del déficit público⁹⁵⁵.

El autor que mejor ha abordado el tema de la desconsolidación contable de este tipo de contratos es GONZÁLEZ, J.V., trataré de sistematizar en estas líneas sus enseñanzas acerca de esta cuestión⁹⁵⁶:

- En primer lugar, las bases del Eurostat para que estos contratos no computen a efectos de déficit público aparecen contenidas en el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en adelante SEC 95).
- El factor determinante para la desconsolidación es el de la transferencia suficiente de riesgo al contratista⁹⁵⁷. Para efectuar un análisis de los distintos tipos de riesgos que pueden ser transmitidos al contratista, Eurostat los ha dividido en dos grupos: uno que afecta al proceso de construcción de la infraestructura (los denominados riesgos de la construcción) y, otro, los que afectan al desarrollo de la actividad y que, dependiendo del tipo de bien y de contrato, pueden ser riesgos de demanda y riesgos de disponibilidad. Para que el CPP no

⁹⁵⁴ R. M. COLLADO MARTÍNEZ, *El contrato de colaboración*, op., cit., pág. 191, dice que: “Y es novedosa no en lo que refiere a la colaboración entre el sector público y el sector privado, que ha existido siempre, desde los asientos para el ejército y las concesiones de obras públicas, en sistemas jurídicos como el nuestro, sino porque la regulación de este contrato sirve de vestimenta a unas necesidades financieras que poco o nada tienen que ver con nuestros principios generales de la contratación.”.

⁹⁵⁵ L. COSCULLUELA MONTANER, prólogo al libro de M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, op. cit, pág. 29, dice que: “La utilidad más significativa del contrato de colaboración es que ofrece importantes ventajas en el cálculo del déficit público, amparándose en estas modalidades muy próximas a la llamada ingeniería contable, o contabilidad imaginativa.”.

⁹⁵⁶ J.V. GONZÁLEZ, *contrato de colaboración*....op. cit. pag. 17.

⁹⁵⁷ Eurostat, *Long Term Contracts Between Government Units and Non- Government Partners*, pág.8, dice: “en la cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato.”.

compute a efectos de déficit público han de ser transferidos al particular la mayor parte de los riesgos de demanda o disponibilidad y de construcción⁹⁵⁸.

- Al producirse la desconsolidación contable, la autoridad nacional sólo contabilizará los pagos anuales hechos en efectivo a la empresa de CPP, y no el activo y el pasivo del proyecto, incluida su deuda⁹⁵⁹.

- En la transferencia de riesgos al sector privado, la Administración ha de tomar en consideración dos objetivos en conflicto: el deseo de transferir el riesgo al socio privado de modo que el activo y el pasivo relacionado con el proyecto no se reflejen en el balance público y el deseo de garantizar la mejor transferencia de riesgos, la que minimice los costes para el sector público⁹⁶⁰.

Hay que acabar, esta breve consideración que hemos realizado sobre los aspectos presupuestarios del CPP, citando a GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., quien mostrándose crítico con el sistema dice que: “Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC 95...”⁹⁶¹.

7.8. Razones que justifican la distinción. Especial consideración al objeto del contrato.

⁹⁵⁸ J.V. GONZÁLEZ, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 19, dice que el riesgo de construcción es aquel que cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros. Sobre los distintos tipos de riesgos, cabe aludir a los siguientes tipos, siguiendo a R. M. COLLADO MARTÍNEZ, en *El contrato de colaboración...*, op., cit., pág. 198: “ El riesgo de construcción, que hacen referencia a los retrasos en los proyectos, los sobre costes de los acopios y materiales, el incumplimiento de los estándares objetivos, el riesgo asociado a los retrasos en la expropiación....El riesgo de disponibilidad, que reside en la capacidad de proporcionar el volumen y cantidad de servicio acordado dentro de los estándares previstos....El riesgo de demanda, por su parte, incluye los problemas con la coyuntura económica, la aparición de bienes sustantivos, o el cambio de las tendencias del mercado.”.

⁹⁵⁹ Ver. pág. 26 del Informe de Price..., ya citado.

⁹⁶⁰ Ver. pág. 26 del Informe de Price..., ya citado.

⁹⁶¹ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 38. También L. COSCULLUELA MONTANER, Prólogo, *La colaboración público privada...* op, cit.

Como ya ha quedado señalado el legislador al regular el CPP en el TLCSP ha optado por hacer una regulación más abierta de la figura. El motivo es permitir a la Administración flexibilidad a la hora de perfilar el CPP. Probablemente la mejor forma de definir el objeto del CPP es definirlo como un contrato que tiene un objeto plúrimo⁹⁶², esta manera de configurar el objeto del contrato tan amplia, plantea problemas a la hora de distinguir este contrato de otros tipos.

La dificultad a la hora de diferenciar el CPP de otros contratos típicos ha sido reconocida por el TRLCSP en su artículo 313, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y *por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél*, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 136.a, en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11.

Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración.”.

El inciso: “...*por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél...*”, implica que el objeto del CPP será parecido a alguno de los objetos de los contratos típicos; y que como se sabe dentro de los contratos típicos se encuentra el contrato de servicios. Por lo tanto y en base al razonamiento mantenido a lo largo de estas líneas, se puede decir que en este último punto se encuentran los principales argumentos para justificar que el CPP se puede asemejar al contrato de servicios.

⁹⁶² J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 23, dice que: “El contrato de colaboración público- privada tiene, como ya se ha señalado, un objeto que suele ser plúrimo, en el sentido de que hay numerosas prestaciones de diverso tipo que se incluyen en él, que pasan desde la prestación de servicios a la construcción de bienes, pasando por la financiación o incluso la reparación y mantenimiento de los bienes construidos. Posiblemente por ello, la futura regulación, tras una ordenación algo minuciosa en la que se insiste sobre todo en el aspecto de la financiación, deja totalmente abierto el objeto del contrato, con el objetivo de permitir cualquier tipo de prestación por parte del contratista.”.

7.9. Criterios de distinción entre el CPP y el contrato de servicios.

En todos aquellos casos en los que el CPP tenga por objeto prestaciones del contrato de servicios, será necesario realizar un esfuerzo por diferenciarlos, se proponen los siguientes criterios de distinción:

- Primer criterio: *criterio de la complejidad de las prestaciones*. Como ya se ha señalado una de las principales características del CPP es que es un contrato que se utiliza para la obtención de prestaciones complejas⁹⁶³. El CPP ha sido concebido como una modalidad de carácter residual debido a que es necesario que antes de acudir al mismo la Administración haya realizado una evaluación previa⁹⁶⁴. Por lo que entiendo que en esa valoración previa la Administración debe acreditar la complejidad de las prestaciones, que hacen que se acuda al CPP en vez de a otra modalidad contractual diferente. No obstante, creo que esta nota distintiva no es del todo determinante, puesto que el término complejo constituye a mi juicio un concepto que no es absoluto⁹⁶⁵. Por lo que el elemento objetivo de la complejidad, debe completarse con otro de corte subjetivo que vendría dado de la Administración que se plantea la complejidad⁹⁶⁶.

De esta manera el primer criterio vendría dado por la complejidad de la prestación contemplada esta desde un punto de vista subjetivo. Este criterio se puede calificar de criterio de la complejidad subjetivo.

⁹⁶³ Criterio de la complejidad que encuentra su apoyo en la propia LCSP, en el apartado IV de la Exposición de Motivos. Por lo tanto este criterio de distinción encuentra acomodo legal.

⁹⁶⁴ Artículo 11.2 del TRLCSP: “ Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”.

⁹⁶⁵ A modo de ejemplo y desde un punto de vista subjetivo, cabe señalar que lo que es complejo para una organización no es complejo para otra.

⁹⁶⁶ No dispone de los mismos recursos económicos y técnicos una corporación local de 5.000 habitantes, que la Administración General del Estado. Al disponer la Administración General del Estado de más medios puede abordar proyectos más complejos definiéndolos con toda normalidad bajo una de las formas de los contratos típicos.

-
- Segundo criterio: *indeterminación inicial de las prestaciones*⁹⁶⁷. Este criterio implica que la Administración no sabe al plantearse el contrato que prestaciones tiene que pactar. Si se piensa brevemente este segundo criterio se relaciona, en cierto modo, con el primero.
 - Tercer criterio de distinción: *criterio del tiempo de duración*. Un criterio que pudiera ser determinante es el de la duración del contrato, ya que el CPP es un contrato que en principio ha sido concebido para que tenga una duración importante⁹⁶⁸, mientras que el contrato de servicios tiene prevista una duración más breve⁹⁶⁹.

Este criterio, puede que choque con dos problemas:

El primero, es que los plazos son concebidos como plazos máximos de duración del contrato, siendo posible por lo tanto que la duración de un CPP coincida con la de un contrato de servicios⁹⁷⁰.

El segundo, viene dado por el hecho de que este criterio no entra en cuestiones de fondo o sustantivas, sino que simplemente toma en consideración un dato numérico o temporal. Si se siguiera este criterio se estaría permitiendo que la Administración pudiera caer en la más absoluta arbitrariedad a la hora de configurar el contrato, puesto que por el simple hecho de fijar una duración superior a la del contrato de servicios, el contrato pasaría a ser CPP.

Por lo que este criterio lo que hace es proporcionarnos indicios para determinar si nos encontramos ante un CPP, no siendo ni mucho menos determinante.

- Un cuarto criterio de distinción, es el que se refiere *al sistema de distribución de cargas económicas asociadas a la ejecución del contrato*, que debe ser un sistema peculiar

⁹⁶⁷ Criterio que también tiene su apoyo en la Exposición de Motivos de la LCSP, encontrando por lo tanto acomodo dentro de la regulación nacional.

⁹⁶⁸ Visto el artículo 314 TRLCSP podemos decir que los mimos tiene una duración máxima de 20 o de 40 años.

⁹⁶⁹ Artículo 303 TRLCSP, la duración máxima es con carácter general de 4 años, si bien aparecen otros supuestos en los que la misma se puede ampliar. Pero estos supuestos se estudiarán en otro lugar de nuestro trabajo.

⁹⁷⁰ Lo normal es que el CPP tenga una duración bastante elevada debido a lo que ya se ha comentado anteriormente en cuanto a que una de las razones que hacen que la Administración acuda al CPP son los aspectos financieros. Difícilmente podrá el contratista recuperar su inversión, si el contrato tiene una duración breve.

diferente al sistema clásico de distribución de cargas, por medio del cual se atribuya un mayor riesgo económico asociado a la ejecución al contratista. También en el CPP, puede producirse un abandono del sistema clásico de ejecución del contrato, adquiriendo un mayor protagonismo la Administración en la delimitación de objetivos de interés público, y en la supervisión de la ejecución del contrato⁹⁷¹.

De todos los criterios de distinción tratados de aportar entre el CPP y el contrato de servicios, creo que el más valioso es el criterio de la complejidad subjetivo.

No debe olvidarse que el criterio de la complejidad no es absoluto, y que el mismo si se utiliza de una manera inadecuada podría llegar a vaciar de contenido a muchos tipos contractuales, por este motivo es aconsejable hacer una combinación de los criterios apuntados⁹⁷².

7.10. El CPP como un contrato sujeto a regulación armonizada.

Quiero finalizar el análisis del CPP planteando lo que a mi juicio es una contracción que se da en el TRLCSP.

Sabemos que una de las novedades más significativas que ha introducido el TRLCSP, es el concepto de contrato sujeto a regulación armonizada⁹⁷³. Los contratos sujetos a regulación armonizada son aquellos que singularizan las normas que provienen del derecho comunitario⁹⁷⁴. Los CPP son contratos que en todo caso están sometidos a regulación

⁹⁷¹ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada*. op. cit., pág. 159, dice que: "...el socio público se concentraría esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzar en materia de interés público, calidad de los servicios propuestas y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos."

⁹⁷² También consideramos que es aconsejable que los órganos de contratación no abusen de esta figura contractual, hasta el punto de desvirtuar el contenido de otras. La situación podría ser especialmente delicada en el caso de los contratos de servicios, cuya duración esta pensada en base a dos criterios principales, el primero hacer que el contrato sea atractivo económicamente; y el segundo, garantizar la concurrencia evitando que la excesiva duración del contrato la impida.

⁹⁷³ El apartado IV de la Exposición de Motivos dice que una de las principales novedades de la Ley es la singularización de las normas que vienen del derecho comunitario, creando el concepto de contrato sujeto a regulación armonizada.

⁹⁷⁴ En particular de la Directiva 2004/18/CE...

armonizada⁹⁷⁵, si bien también somos conocedores que no hay ninguna directiva comunitaria que se preocupe de los CPP. Se plantea pues, a mi entender, un problema de inconsistencia dogmática del concepto de contrato sujeto a regulación armonizada, ya que no singulariza las normas comunitarias para el CPP, debido a que las mismas no existen. Con el razonamiento apuntado, se desmonta, en parte, una de las principales novedades del TRLCSP.

Lo expuesto es una muestra del carácter fugaz y contradictorio que tiene actualmente la legislación, se crea un concepto (contrato sujeto a regulación armonizada) que se resalta como una novedad legislativa de bulto, y la misma Ley que lo crea lo vacía de contenido (mediante la calificación del CPP, como sujeto a regulación armonizada). Ahora la pregunta es ¿qué normas de derecho comunitario singulariza el CPP?. Por otro lado, como ya se ha visto, el TRLCSP ha decidido acabar con los contratos de consultoría y asistencia, sin dedicar ni una sola línea el legislador a explicar el motivo de esa supresión.

8. La utilización abusiva de las subvenciones para ocultar contratos administrativos típicos de servicios.

- *Introducción:* Como se habrá podido comprobar a lo largo de este trabajo, una de las principales características del contrato de servicios es su inconsistencia dogmática⁹⁷⁶. Esa inconsistencia dogmática es la que hace que, en algunos momentos, se eluda el concepto de contrato de servicios para buscar figuras jurídicas análogas por medio de las cuales se pueden conseguir los fines que la Administración persigue por conducto del contrato de servicios, creo que una de las figuras jurídicas bajo cuyo ropaje se ocultan, en ocasiones, contratos de servicios es la de la subvención.

Me gustaría señalar que no creo que ese uso indebido de las subvenciones para realizar prestaciones propias del contrato de servicios obedezca a una mala intención de los gestores

⁹⁷⁵ Ver el artículo 13.1 del TRLCSP.

⁹⁷⁶ Ya es sabido que el contrato de servicios es una figura que ha suscitado poco interés a la doctrina e incluso al propio legislador, ya que como ya ha quedado señalado a lo largo de este trabajo la Exposición de Motivos de la LCSP nada dice acerca de los motivos que han conducido al legislador a la supresión del contrato de consultoría y asistencia.

públicos, sino que el motivo es doble: En primer lugar, el ya apuntado de la inconsistencia dogmática del contrato de servicios⁹⁷⁷; y en segundo término, la existencia de un régimen jurídico general para las subvenciones⁹⁷⁸ es relativamente reciente lo que hace que nos enfrentemos, también, en este caso, a una figura poco estudiada lo que provoca que, en algunas ocasiones, la misma se maneje con un cierto desconocimiento⁹⁷⁹.

Quiero acabar esta introducción del problema señalando que las categorías jurídicas son lo que son, presentan una morfología jurídica que va más allá de la calificación que, en un determinado momento, den al negocio o a la relación jurídica las partes intervinientes. Por ese motivo, una actividad que reúne las características de un contrato de servicios, no puede eludir el régimen jurídico de dicho contrato típico por el hecho de que la Administración la califique de subvención⁹⁸⁰.

- *Concepto de subvención, semejanzas y diferencias con el contrato de servicios. Elementos determinantes de la diferenciación.*

El legislador se ha preocupado de dar un concepto jurídico de subvención⁹⁸¹ en el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones, en adelante LGS, señalando que:

⁹⁷⁷ El hecho de ser una figura poco estudiada, convierte al contrato de servicios en un tipo contractual débil, susceptible de confundirse con otras figuras jurídicas. (por ejemplo, resulta difícil pensar en que un contrato de obras pueda suscitar dudas en cuanto a su calificación, ya que es una figura que goza de una tradición histórica arraigada en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido objeto de estudio profundo por parte de la doctrina).

⁹⁷⁸ El régimen jurídico general de las subvenciones está formado por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

⁹⁷⁹ A la necesidad de regular el régimen general de las subvenciones, alude el Consejo de Estado en su dictamen 1756/2003, de 30 de mayo, sobre la Ley General de Subvenciones, que dice que: “La necesidad de elaborar una Ley General reguladoras de las subvenciones fue puesta de relieve en la importante Moción elevada por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales con fecha de 29 de julio de 1993.”.

⁹⁸⁰ Con esto simplemente pretendo recordar que la calificación es una operación, que se hace no en base a lo que digan los sujetos intervinientes en un negocio jurídico determinado; sino que se fundamenta en las características que presenta el negocio examinadas a la vista del derecho positivo.

⁹⁸¹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pág. 237, este autor nos recuerda que la distinción entre subvenciones de actividad y de resultado, tiene su origen en la doctrina italiana. Para profundizar también puede consultarse, a G. FERNÁNDEZ FARRERES, en *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, 1993 .

“1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tengan el objeto del fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

2. No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre las diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezca, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tengan atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública.

3. Tampoco estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

4. No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos:

- a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social.
- b) Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora.
- c) También quedan excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos.
- d) Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras cuagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladoras en la Ley 14/2002, de 5 de junio.
- e) Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo.
- f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial.
- g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización de la Seguridad Social.

h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.”.

Como principal similitud entre la subvención y el contrato de servicios, debo resaltar que por medio de los dos se impone a una persona (física o jurídica) una obligación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado; como principal diferencia, encuentro que mientras que en la subvención no se hace entrega de ninguna contraprestación por el dinero público recibido⁹⁸², en el contrato de servicios la Administración acude al mercado para recibir del contratista una contraprestación.

Una concepción de las dos figuras como la expuesta tiene su reflejo a la hora de proceder a calcular el valor de las prestaciones (desde el punto de vista presupuestario), así mientras que en el contrato de servicios el contratista persigue un beneficio industrial que debe calcular el órgano de contratación; en la relación subvencional las cantidades entregadas por la Administración presentan un límite máximo, consistente en que no pueden exceder el coste de la actividad que se subvenciona, por lo tanto no puede haber beneficio industrial⁹⁸³. Las bases teóricas de esta diferenciación resultan sencillas, el problema se plantea a la hora de su aplicación práctica ya que la presupuestación de determinadas actividades o prestaciones puede ser especialmente compleja⁹⁸⁴, haciendo esa complejidad

⁹⁸² G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El concepto de subvención y el ámbito objetivo de aplicación de la Ley*, en Comentario a la Ley General de Subvenciones, coord. Por Germán Fernández Farreres, Thomson- Civitas, 2005, pág. 37, dice aludiendo al requisito comentado que: “La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él beneficia, sin que la Administración otorgante obtenga nada a cambio. Y por eso mismo-aunque concurren también otras razones-, la relación jurídica- subvencional no se configura como una relación sinalagmática.”.

⁹⁸³ Así lo dice expresamente el artículo 19. 3 de la LGS, que dice que: “El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada. Lógicamente en un contrato administrativo de servicios el contratista no sólo espera cubrir el coste del servicio que presta a la Administración, sino obtener un beneficio por el servicio que ha prestado.

⁹⁸⁴ Ejemplo de prestaciones difíciles de presupuestar, encontramos las que se encuentran dominadas por un componente intelectual. En este caso la labor intelectual siempre es más dificultosa de evaluar y de presupuestar, ya que la valoración variaría en función de la altura intelectual del profesional o del equipo de profesionales que se encargan de hacer el trabajo.

que exista un margen de desviación entre lo que es el coste de la actividad y el beneficio que se puede obtener por desarrollarla.

Finalmente quiero apuntar que los tres requisitos con los que el legislador caracteriza a las subvenciones en el artículo 2.1 de la LGS, deben darse de una manera acumulativa, así en el caso de que faltara alguno de ellos no deberíamos hablar de subvención sino de otra figura jurídica distinta.

- Análisis de algunos ejemplos prácticos de la situación denunciada: Una reflexión como la que estoy haciendo en estas líneas, no es fruto de la lectura de manuales o artículos en los que haya podido ver denunciada esta cuestión, sino que es producto de la lectura del Boletín Oficial del Estado en sus páginas se pueden encontrar ejemplos del indebido uso de las subvenciones que venimos denunciando, he recogido una pequeña muestra de estas distorsiones de cuyo análisis me ocuparé en las siguientes líneas.

a) *Primer caso*: Resolución de 20 de mayo de 2009 de la Secretaría de Estado para la Unión Europea, por la que se publica la segunda convocatoria para la concesión de subvenciones correspondientes al año 2009, para la celebración de actividades divulgativas y acciones de comunicación, sobre asuntos relacionados con el ámbito de sus competencias. (B.O.E Núm. 135, de 4 de junio de 2009).

- Análisis de los aspectos dudosos:

En primer lugar la exposición de motivos de la citada resolución dice que: “Entre los objetivos de la Secretaría de Estado para la Unión Europea se encuentra el fortalecimiento de la ciudadanía europea y el acercamiento del proceso de integración a los ciudadanos españoles para favorecer su implicación y participación en él. Para lograr estos objetivos resulta necesario *potenciar la difusión de información relativa a asuntos europeos entre los distintos sectores de nuestra sociedad...*(continúa diciendo)...La Secretaría de Estado para la Unión Europea ha contribuir a fomentar la realización de *actividades orientadas a la divulgación de conocimientos sobre la Unión Europea*, mediante la convocatoria de subvenciones destinadas a entidades que realicen actividades informativas sobre temas de actualidad en el ámbito de la Unión Europea. Estas convocatorias se vienen publicando desde el año 2002 con carácter anual, y a partir de 2007, año en el que el incrementó el

presupuesto de esta Secretaría de Estado destinado a estas ayudas, se publican dos convocatorias anuales....(continúa diciendo el preámbulo de la orden)...En esta línea, y mediante la presente convocatoria de ayudas, se pretende promover la realización de iniciativas de comunicación y participación ciudadana, para que se escuchen sus preocupaciones e inquietudes.”.

Segundo: Más claro es, a mi juicio, el artículo 1 de la convocatoria, que bajo la rúbrica “Objeto, condiciones y finalidad”, dice que:

“La presente resolución tiene por objeto la convocatoria de actividades divulgativas y acciones de comunicación que giren entorno a las prioridades de la próxima Presidencia de la Unión Europea en el año 2010, que se realicen desde el momento en el que se conozca la concesión hasta el 15 de noviembre de 2009.

Se valorarán especialmente:

1. Acciones de comunicación en medios audiovisuales (Tv, radio, internet).
2. Experiencia reconocida de las entidades, empresas u organismos que participen en esta convocatoria.
3. Difusión de la acción.

Dichas subvenciones se otorgarán bajo los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad y no discriminación.”.

De lo hasta ahora expuesto se debe advertir como lo que pretende la Secretaría de Estado convocante es que las entidades que resulten beneficiarias de la subvención organicen campañas de divulgación y comunicación relacionadas con la Presidencia Española de la Unión Europea.

Creo que las prestaciones anteriores tendrían su encuadre dentro de una de las categorías del contrato de servicios, en concreto de la categoría 13 que engloba los “Servicios de Publicidad”, para abundar en esta cuestión podemos acudir al Reglamento 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente al CPV; en el mismo cuando se desarrolla la categoría 13 se habla de los “Servicios de publicidad y de marketing”, es precisamente aquí donde se encuadran las prestaciones que se pretenden

subvencionar, ya que en las actividades que deben desarrollar los beneficiarios se incluyen prestaciones publicitarias, y a mi entender, de marketing público, ya que se pretendía divulgar cuestiones relacionadas con la presidencia.

No obstante, considero que el hecho de que las prestaciones se incluyan dentro de las propias del contrato de servicios, no constituye por sí mismo un hecho determinante, ya que como se ha tenido ocasión de comprobar las obligaciones que se adquieren en virtud de la relación subvencional y del contrato de servicios son sustancialmente análogas.

Aplicación práctica del criterio básico de distinción: Ya hemos visto que la base de la diferencia entre una subvención y un contrato de servicios, es que en la subvención no se pacta ninguna contraprestación a favor de la entidad concedente, contraprestación que si que existe en el contrato de servicios, en el que por el dinero que invierte la Administración recibe el resultado de una actividad o una actividad.

En el caso que nos ocupa, la Administración concedente de la subvención recibe una contraprestación consistente en la campaña de divulgación que hace el beneficiario, considero que por aplicación del criterio de distinción comentado se desnaturaliza la relación subvencional haciendo que la misma pase a ser un contrato típico de servicios.

Efecto y consecuencias jurídicas de la mala calificación: El principal efecto de la errónea calificación, es como fácilmente se comprenderá la elusión del procedimiento de contratación, para aplicar el de concesión de subvenciones⁹⁸⁵. Sin que sea necesario someterse a la publicidad de la LCSP, acreditar la solvencia o clasificación, la intervención de la mesa de contratación, etc....

La consecuencia jurídica de la elusión de los procedimientos del TRLCSP, sería considerar que la Convocatoria de las subvenciones se ha hecho en fraude de Ley al lograrse al amparo

⁹⁸⁵ Analizando los dos regímenes jurídicos, se concluye que el de las subvenciones es mucho más benévolo y dúctil que el que dibuja el TRLCSP. EN particular, en lo que respecta a la capacidad de obrar y a la acreditación de solvencia o clasificación.

de la LGS un resultado contrario al ordenamiento jurídico, la citada calificación como acto realizado en fraude de Ley implicará la aplicación del TRLCSP⁹⁸⁶.

b) *Segundo caso*: A nivel teórico se tiene clara la distinción entre el contrato administrativo y la subvención. Mediante el contrato la Administración acude al mercado para obtener bienes y servicios que le sirven para satisfacer los intereses generales cuya salvaguarda tiene encomendada; sin embargo mediante la subvención, se trata de promocionar una actividad que reviste interés público⁹⁸⁷. También está claro que en aquellos casos en los que la Administración recibe una contraprestación, aunque el negocio jurídico se califique de subvención nos encontraremos ante un contrato, pero ¿podemos ser tan categóricos justificando la vis atractiva del contrato en todos aquellos casos en los que medie una contraprestación por las cantidades dinerarias libradas por la Administración?

En definitiva, se trata de estudiar si el criterio de la contraprestación puede ser considerado como un criterio de distinción absoluto, o si por el contrario admite modulaciones.

El problema planteado admite, a mi entender, dos soluciones, la primera, consistiría en hacer una interpretación literal del artículo 2.1 de la LGS; y la segunda, supondría realizar una interpretación finalista del precepto.

La primera solución, presenta como principal ventaja, su sencillez ya que simplemente con el hecho de que medie una contraprestación la subvención perdería esa condición y se convertiría en un contrato, además es indudable que tiene un claro apoyo jurídico en lo dispuesto en el artículo 2.1.a de la LGS. Pero creo que el mayor inconveniente de este criterio es que su aplicación podría llevar a una reducción del ámbito de las subvenciones,

⁹⁸⁶ Artículo 6.4 del Código civil, dice que: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”.

⁹⁸⁷ Resulta imprescindible para comprender el concepto de subvención en todas sus vertiente, el magistral trabajo de S. MARTÍN RETORTILLO, *Las técnicas de fomento en la administración económica*, en Derecho Administrativo Económico, I, La Ley, 1991, que aludiendo a la subvención dice que: “Es, pues, a la vista de lo que ha quedado señalado, que se puede intentar establecer el concepto de subvención, como aquella técnica propia de la Administración de fomento, que consiste en la atribución patrimonial, básicamente de carácter dinerario, que se recibe a fondo perdido con el fin de llevar a cabo la realización de determinados comportamientos- de hacer o abstenerse-, que han sido considerados de interés general y a cuya plena y efectiva realización aquélla queda vinculada.”.

ya que verían muy limitado su potencial campo de actuación, debido a que siempre que mediara la más mínima contraprestación se habría cruzado la línea pasando a convertirse en un contrato, se trataría, por lo tanto de un criterio de distinción excesivamente rígido.

Con respecto al segundo criterio, implicaría realizar una interpretación finalista de los conceptos jurídicos de contrato de servicios y de subvención, de la misma resultará que cuando lo que subyace detrás de las bases reguladoras y de la convocatoria de una subvención sea proveer de servicios a la Administración nos encontraremos ante un contrato administrativo, mientras que cuando lo que se busque sea fomentar una actividad que reviste interés público e incidentalmente la Administración recibe una contraprestación nos encontraremos ante una subvención. Resulta indudable que en la mayor parte de las ocasiones cuando se subvenciona una actividad, la Administración no tiene que recibir una contraprestación, pero también es cierto que en algunas ocasiones el fomento de determinadas actividades hace aconsejable o inevitable que se reciba dicha contraprestación por los fondos librados. Por último, quisiera señalar que esta interpretación encuentra su fundamento en lo dispuesto en artículo 3.1 del Código civil, cuando al enumerar los métodos de interpretación de las normas dice que en su uso hay que atender fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Creo que la mejor manera de entender el problema que vengo planteando es pasar al plano práctico, así debo aludir a la Orden AEC/1440/2009, de 22 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras de la III convocatoria del programa de becas para realizar prácticas en los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación o en Embajadas, Misiones Permanentes o Consulares Generales de España en el Extranjero, para los alumnos españoles del “Máster interuniversitario en diplomacia y relaciones internacionales” de la Escuela Diplomática, del curso académico 2008-2009 (B.O.E. núm. 135, de 4 de junio de 2009). Me interesa resaltar dos aspectos de la citada orden:

En primer lugar, en su Preámbulo dice que: “El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación ha creado un segundo Programa de becas para realizar prácticas en los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y en determinadas Representaciones de España en el extranjero, dirigido a aquellos alumnos

españoles que hayan superado con éxito el Máster interuniversitario en diplomacia y relaciones internacionales, de la Escuela Diplomática.”.

En segundo término, el artículo 1 señala que:

“El programa de becas prácticas va dirigido a un número de alumnos españoles que hayan cursado con aprovechamiento el “Máster interuniversitario en diplomacia y relaciones internacionales” que se imparte en la Escuela Diplomática correspondiente al curso académico 2008-2009.

Los becarios serán destinados en los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación o en alguna de las Embajadas, Misiones Permanentes o Consulares Generales de España en el extranjero, de forma que los becarios puedan conocer sobre el terreno diversos aspectos de la realidad internacional y del trabajo que desarrolla el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, *así como colaborar en la realización de las labores que les sean encomendadas.*”.

La actividad que se trata de fomentar mediante la concesión de la beca, consiste en la obtención de una formación práctica por parte de los adjudicatarios de la beca, para poder obtener esta formación entiendo que resulta aconsejable que los alumnos que la reciben puedan realizar las labores que se les encomienden, lo que en definitiva supone una contraprestación, pero que resulta imprescindible para poder cumplir con la finalidad de la beca. En este caso, se impone una interpretación finalista de la Convocatoria, que conduce a concluir que la finalidad de esta Convocatoria no es recibir un servicio la Administración, sino proporcionar una formación adecuada a los adjudicatarios de la beca, teniendo la eventual contraprestación recibida por la Administración el carácter de complementario, a la finalidad principal (que es adquirir conocimientos prácticos).

c) *Tercer caso:* El supuesto a analizar en este epígrafe, tiene interés en la medida en que proviene de un órgano constitucional, lo que permitirá acercarnos a la sujeción del TRLCSP y la LGS con respecto a estos organismos.

En concreto se propone analizar la Resolución de 20 de abril de 2009, de la Presidencia del Tribunal Constitucional, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional por el que se convocan becas de formación jurídica relacionadas con la doctrina constitucional (B.O.E. núm. 108, de 4 de mayo de 2009).

El mencionado acuerdo tiene por objeto convocar becas de formación jurídica relacionadas con la doctrina constitucional, abundando en la lectura del acuerdo vemos como en la Base Primera, donde se delimita el objeto y las condiciones de la beca, se señala que los estudios y trabajos realizados se quedan en propiedad del Tribunal Constitucional, en la misma se indica que los becarios quedarán a disposición del Letrado jefe del Servicio de doctrina constitucional e informática, quién definirá las tareas a realizar.

En este caso, se impone aplicar la interpretación finalista analizada anteriormente, en base a la misma vemos que en esta convocatoria se entremezclan dos cuestiones, la primera, la obtención de una formación por parte de los becarios; y la segunda, la obtención de una contraprestación por el Tribunal Constitucional. Creo que en este supuesto hay un desequilibrio entre las dos cuestiones implicadas⁹⁸⁸, desnivelándose la balanza del lado de la existencia de un vínculo contractual, en concreto, de la existencia de un contrato de servicios. Los motivos que nos hacen pensar en ese desnivel son dos, en primer lugar, que los estudios y trabajos queden en propiedad del Tribunal Constitucional, lo que implica que el resultado del trabajo es atribuido al Tribunal⁹⁸⁹; y en segundo lugar, los becarios son dirigidos por un Letrado del Tribunal, quién define las tareas a realizar, lo que acentúa la vinculación y relación de servicios.

Finalmente, resulta indudable que mediante las becas los beneficiarios adquieren una formación, ya que la realización de trabajos se la proporciona. Pero es incuestionable que con la ejecución de cualquier contrato administrativo de servicios se adquiere una experiencia y una formación por parte del adjudicatario.

En este caso creo que lo que se oculta detrás de la Convocatoria es un contrato de servicios por medio del cual el Tribunal Constitucional recibe un servicio materializado en los

⁹⁸⁸ Las cuestiones implicadas son la obtención de una formación o de un servicio por parte del Tribunal Constitucional por medio de la beca.

⁹⁸⁹ Resulta claro, mediante esa afirmación, que el Tribunal Constitucional recibe un servicio de los becarios, quedando los resultados de sus trabajos en propiedad del mismo, por lo tanto está claro que hay una contraprestación directa por parte de los becarios.

trabajos que hacen los becarios y que quedan en su propiedad⁹⁹⁰, existiendo una contraprestación directa por el dinero entregado en concepto de beca.

Todo lo expuesto anteriormente, tropieza con una dificultad en el caso del Tribunal Constitucional, que es la relativa a la determinación de en qué medida se encuentra sometido al TRLCSP y a la LGS.

Con respecto a la LCSP, su Disposición Adicional tercera⁹⁹¹ dice que debe ajustar su contratación a las reglas que la Ley establece para las Administraciones Públicas, por lo que resulta indudable su aplicación.

En cuanto a la sujeción a la Ley General de Subvenciones, cabe señalar que la citada Ley no somete al Tribunal Constitucional a su ámbito de aplicación, por lo tanto y en principio el conocido criterio de la existencia de contraprestación directa, no resultaría de aplicación a este órgano constitucional.

La resolución del problema exige la realización de un esfuerzo interpretativo del lado de la noción del contrato administrativo de servicios, puesto que si bien es cierto que el Tribunal no está sujeto a la LGS, sí que se encuentra sometido al TRLCSP. Como sabemos mediante el contrato de servicios la Administración acude al mercado con el fin de obtener servicios que le sirvan para cubrir sus necesidades y cumplir con sus objetivos. También es claro que detrás de la subvención (o beca, en este caso) hay una actividad administrativa de fomento, por medio de la cual la Administración trata de promocionar determinados comportamientos que revisten utilidad pública.

Si bien es cierto que el concepto de subvención⁹⁹² manejado por la LGS no resulta de aplicación al Tribunal Constitucional, es más cierto que el término fomento tiene un

⁹⁹⁰ Se trata, en este caso, de una prestación de hacer consistente en la obtención de un resultado. Prestación que, como sabemos se encuadra dentro de la órbita del contrato de servicios (artículo 10 TRLCSP).

⁹⁹¹ La Disposición adicional tercera de la LCSP, dice que: “Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas para las Administraciones Públicas.”.

carácter general comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, lo que subyace detrás de la actividad de fomento es la promoción de comportamientos que revisten utilidad pública o interés social, promoción entendida como actividad principal⁹⁹³, admitiendo la posibilidad de la existencia de prestaciones secundarias o accesorias⁹⁹⁴, pero cuando esas prestaciones constituyen el auténtico objeto de la beca, pasando a ser prestaciones principales; y el fin de promoción pasa a un segundo plano, en este caso debemos dejar de hablar de beca para hablar de contrato administrativo de servicios.

En este supuesto práctico del Tribunal Constitucional, el razonamiento ha aumentado de intensidad y de complejidad, por el hecho ya conocido de no encontrarse sujeto a la LGS, lo que ha conducido a realizar una labor de integración mucho más compleja que en el caso de que nos encontráramos ante una Administración pública⁹⁹⁵.

d) *Cuarto supuesto práctico*: El último supuesto práctico consistirá en un análisis de un Acuerdo de 19 de mayo de 2009, de la Mesa del Congreso de los Diputados de convocatoria de becas para la formación de licenciados universitarios con conocimientos especializados en la Unión Europea (B.O.E. núm. 130, de 29 de mayo de 2009).

Quiero partir mi exposición señalando que las consideraciones realizadas anteriormente en cuanto a la sujeción del Tribunal Constitucional al TRLCSP y la LGS son predicables con respecto al Congreso de los Diputados.

⁹⁹² Si bien es cierto que la LGS no le resulta de aplicación al Tribunal Constitucional, también es cierto que antes de la aparición de la LGS se manejaba un concepto de subvención tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, siendo una de las principales características de ese modelo la inexistencia de contraprestación, en ese sentido S. MARTÍN RETORTILLO, en *Las técnicas de fomento...* op. cit. pág. 481, dice que: “En segundo lugar, insistir en que la atribución patrimonial que supone la subvención se realiza a fondo perdido. Atribución, pues, gratuita; carácter no devolutivo de las cantidades que se perciben.”. Con esta cita lo que pretendo hacer es poner de manifiesto que el concepto de subvención presenta una elaboración doctrinal previa que se ha plasmado en la LGS, y que si bien puede que el Tribunal Constitucional no se encuentre vinculado por la Ley, si que se encuentra vinculado por esas nociones doctrinales, que lo que hacen es demostrar que la inexistencia de contraprestación es inherente a toda subvención.

⁹⁹³ Cuando hago referencia a la actividad principal, pretendo aludir a que la finalidad principal es la promoción de un comportamiento que reviste utilidad pública

⁹⁹⁴ Dentro de las prestaciones accesorias a la principal de promoción de una actividad de utilidad pública, encontramos la existencia de alguna contraprestación por parte del beneficiario.

⁹⁹⁵ En este caso el razonamiento se ha basado en la aplicación de conceptos jurídicos generales, aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, como es el caso de actividad de fomento.

Pasando al despiece de la Convocatoria comentada puedo resaltar que el preámbulo dice que: “...Seis becas individuales para la realización de estudios y trabajos de carácter documental, estadístico, informativo, analítico e institucional relacionados con los órganos y actividades de la Unión Europea en general o cualquier otra *colaboración práctica*⁹⁹⁶ relativa a la Unión Europea, y especialmente, con ocasión de la Presidencia española de la Unión Europea prevista para el primer semestre de 2010...”. En segundo lugar, quiero reproducir la base primera que lleva por rúbrica “objeto”, señalando que:

“ El Congreso de los Diputados convoca seis becas individuales para la realizar trabajos o estudios aplicados que se les encomienden por la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, Dirección de Relaciones Internacionales o Dirección de Comisiones, de *carácter documental, estadístico, informativo, analítico e institucional*⁹⁹⁷.....*Los estudios y trabajos realizados quedarán de propiedad del Congreso de los Diputados*⁹⁹⁸. ”.

Por otro lado, la Base octava, establece las obligaciones de los beneficiarios, apareciendo entre las mismas el hecho de que tengan que prestar sus servicios en determinadas dependencias del Congreso⁹⁹⁹, o la imposición de un determinado horario laboral¹⁰⁰⁰.

En este caso resulta evidente que lo que se quiere obtener por parte del Congreso de los Diputados son prestaciones propias de un contrato de servicios, llegándose incluso a fijar un horario y un lugar de trabajo a los beneficiarios de las becas, que al final dejarían el fruto de su trabajo en propiedad del Congreso, siendo esta la contraprestación que media por el

⁹⁹⁶ El término colaboración práctica hace pensar en una relación de reciprocidad entre el concedente y el beneficiario, relación que no nace en la subvención, que como bien sabemos es un dinero que se entrega a fondo perdido por parte del concedente.

⁹⁹⁷ Se trata de trabajos que entran dentro del objeto del contrato de servicios. Ver artículo 10 TRLCSP.

⁹⁹⁸ En este caso queda claro que la contraprestación que recibe el Congreso de los Diputados son los trabajos que quedan en su propiedad. A lo anterior se une el trabajo que desarrollan los becarios al servicio de la institución.

⁹⁹⁹ En concreto se dice que los trabajos se realizarán en la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, de la Dirección de Relaciones Internacionales u otras entidades que se les indiquen. Se les asigna un lugar de ejecución y una dirección efectiva.

¹⁰⁰⁰ Se dice que las prácticas tendrán una duración de treinta horas semanales. Se fija una jornada o un crédito de tiempo en el que debe desarrollarse el trabajo, al igual que en cualquier relación laboral.

dinero público recibido. Creo que lo adecuado habría sido licitar un contrato de servicios, que sirviera para cubrir las necesidades que se le planteaban a este órgano constitucional.

- Consideraciones finales acerca del uso abusivo de las subvenciones para pactar prestaciones propias del contrato de servicios:

Ya he dicho anteriormente que las figuras jurídicas presentan una morfología jurídica propia¹⁰⁰¹, a lo que me gustaría añadir que cada figura jurídica se configura para atender a una determinada finalidad¹⁰⁰² o necesidad que se le puede plantear a la Administración o a los ciudadanos en un determinado momento, presentando un carácter instrumental. Este es el caso de la situación que hemos analizado, ya que sabemos que la finalidad de las subvenciones es fomentar una actividad que reviste utilidad pública, imponiendo como carga al beneficiario la adopción de un determinado comportamiento¹⁰⁰³, mientras que la del contrato administrativo de servicios es proporcionar precisamente servicios a la Administración. Cuando se hace uso de las subvenciones para obtener servicios, se produce una distorsión del sistema, de las figuras jurídicas, deformándolas para atender finalidades que no les son propias, esta situación es criticable por cuanto mediante esta medida se elude la aplicación del régimen de la contratación pública, sustituyéndole por el de las subvenciones. En definitiva, la situación descrita la podemos enmarcar dentro del fenómeno del que hemos hablado anteriormente de la huída del derecho de la contratación pública.

Se ha podido comprobar que, en ocasiones, el criterio de la existencia de una contraprestación, debe ser objeto de una cierta modulación, no pudiendo interpretarse de una manera demasiado restrictiva, pero creo que es importante tener claro que un ejercicio como el que se ha realizado sirve para aportar una mayor solidez dogmática al contrato de

¹⁰⁰¹ Entiendo por morfología, la estructura, las características con las que configura el ordenamiento jurídico a las figuras jurídicas. Toda figura jurídica tiene un contorno que la define y la delimita diferenciándola de las demás, es este contorno el que marca su espacio material de actuación.

¹⁰⁰² Por ejemplo no tendría sentido utilizar un estudio de detalle para realizar una ordenación general de un municipio, en este caso habría que acudir a un plan general que es la figura que aparece prevista para esa finalidad.

¹⁰⁰³ Sobre la posibilidad de introducir cláusulas accesorias en el acto administrativo, puede consultarse el gran trabajo de F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, 1996.

servicios¹⁰⁰⁴, que en cierto modo es una especie de patito feo que a nadie le importa y que es fácil de diluir mediante el uso de mecanismos como los expuestos, creo que debe reaccionarse con contundencia ante estas situaciones dando al contrato de servicios el campo que le corresponde¹⁰⁰⁵.

9. El contrato de servicios configurado como un contrato administrativo especial.

Por último, quiero aludir al artículo 24 del TRLCSP que configura el contrato de servicios, en determinadas ocasiones, como un contrato administrativo especial. Considero esencial empezar este análisis reproduciendo el artículo 24 del la TRLCSP, que dice que:

Artículo 24. Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

“1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de estos sea inferior a 4.845.000 euros¹⁰⁰⁶, cuando concorra alguna de estas circunstancias:

- a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
- b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por ciento del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
- c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
- d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97.

¹⁰⁰⁴ Ha sido el propio legislador el que incentivado la inconsistencia dogmática del contrato de servicios, al suprimir el contrato de consultoría y asistencia, sin dar la más mínima información o explicación acerca de esta decisión. Esta solución legislativa, trasmite una imagen de inconsistencia dogmática del contrato cuyo análisis nos ocupa.

¹⁰⁰⁵ El campo que le corresponde al contrato de servicios es el que le da el propio ordenamiento jurídico, el que le concede el legislador. Cada figura jurídica, cada tipo contractual tiene un ámbito de actuación propio, un campo que determina sus posibilidades de actuación y de desarrollo.

¹⁰⁰⁶ Novedad introducida por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, disposición final primera. Ahora recogida en el TRLCSP.

- e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
- f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
- g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 106.5.
- h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 134.3.a).
- i) En los supuestos de la letra d) del artículo 206.

En casos distintos de los contemplados en las letras d), g) y h), deberá redactarse el correspondiente proyecto, cuyo contenido se fijara reglamentariamente.

2. La fabricación de bienes muebles podrá efectuarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando de forma exclusiva medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de la prestación a cargo de estos sea inferior a las cantidades señaladas en el artículo 15, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en las letras a), c), d), e) e i) del apartado anterior, o cuando, en el supuesto definido en la letra b) de este mismo apartado, el ahorro que pueda obtenerse sea superior al 20 por ciento del presupuesto del suministro o pueda obtenerse una mayor celeridad en su ejecución.

Se exceptúan de estas limitaciones aquellos suministros que, por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente que se ejecuten por la Administración.

3. La realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16, y concorra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos.

Se exceptúan de estas limitaciones los servicios de la categoría 1 del anexo II cuando estén referidos al mantenimiento de bienes incluidos en el ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

4. Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con estos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuara por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 122, salvo en el caso previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo. En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por ciento del importe total del proyecto.

5. La autorización de la ejecución de obras y de la fabricación de bienes muebles y, en su caso, la aprobación del proyecto, corresponderá al órgano competente para la aprobación del gasto o al órgano que determinen las disposiciones orgánicas de las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito.

6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinara para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

Como se puede ver la calificación del contrato como contrato administrativo especial y no de servicios la condiciona el legislador a que se cumplan dos requisitos, el primero, que concurren los supuestos que se recogen en las letras a), c), d), e, e i), junto con el de la letra b), siempre que se produzca un ahorro del veinte por ciento del presupuesto o se obtenga una mayor celeridad en la ejecución¹⁰⁰⁷; y el segundo, es que la cuantía del mismo no exceda de las establecidas en el artículo 16 de la Ley.

Vemos como la Ley trata de evitar incidir dentro de los umbrales comunitarios, calificando como de administrativo especial lo que sin duda es un contrato de servicios, la técnica o el argumento que se utiliza para sustraer la regulación del contrato de servicios es, en este caso, que la ejecución del contrato está a cargo del gestor de la Administración¹⁰⁰⁸.

En pocas palabras, en aquéllos casos en los que el contrato se realiza o ejecuta por la Administración recibiendo la colaboración de empresarios particulares y las prestaciones de

¹⁰⁰⁷ Así lo dispone el artículo 24.3 de la LCSP, reproducido anteriormente.

¹⁰⁰⁸ Ver el artículo 24.4 TRLCSP.

este contrato de colaboración sean las propias de un contrato de servicios, la calificación del contrato será de administrativo especial si no supera los umbrales del artículo 16 de la Ley, o administrativo de servicios si supera los citados umbrales. Esta solución legislativa constituye una novedad que ha aparecido en la LCSP (y que continúa en el TRLCSP), ya que la legislación anterior únicamente preveía esta solución para los contratos administrativos de obras y los de suministro¹⁰⁰⁹.

A modo de conclusión me gustaría señalar que resulta indudable que el legislador español goza de libertad para configurar los contratos del sector público por debajo de los umbrales comunitarios¹⁰¹⁰, por lo que la solución legislativa comentada se ajusta plenamente al sistema de distribución de competencias normativas existente entre el ordenamiento jurídico español y en el comunitario. No obstante, desde el punto de vista de una persona que se dedica al estudio de la figura del contrato administrativo de servicios y que trata de perfilar sus contornos con el fin de dotarle de una mayor consistencia dogmática, una solución como la comentada no resulta alentadora, ya que la misma contribuye a diluir la figura del contrato administrativo de servicios, y crea una fuerte inseguridad jurídica a la hora de calificar el contrato, operación esencial que determina el régimen jurídico aplicable al mismo. A modo de ejemplo de la distorsión comentada me gustaría comentar un informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el mismo la Junta dictamina acerca de la posibilidad de celebrar un contrato de servicios de colaboración para la gestión de expedientes sancionadores¹⁰¹¹, con carácter previo debo advertir dos cosas: la primera, es que la Junta Consultiva de la Generalidad en el informe maneja la nueva Ley de Contratos del Sector Público¹⁰¹²; y la segunda, es que no habla en el mismo de cuantías del contrato. No obstante, en ningún momento se plantea el citado órgano consultivo la

¹⁰⁰⁹ Artículo 152 del TRLCAP para obras, y el artículo 194 TRLCAP para los contratos de suministro.

¹⁰¹⁰ Respetando como hemos repetido hasta la saciedad una serie de principios que inspiran la contratación pública, independientemente de la cuantía del contrato.

¹⁰¹¹ Informe 8/2009, de 3 de julio, del Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

¹⁰¹² El hecho de que se maneje la nueva normativa es esencial, ya que al abordar el informe la Junta Consultiva debió de tomar en consideración el artículo 24 de la LCSP. (Debe significarse que con el TRLCSP continúa con la misma numeración).

posibilidad de calificar el contrato como administrativo especial en base al artículo 24.1.a de la Ley en relación con el artículo 24.3, toda vez que la Administración dispone de sus propios servicios técnicos para incoar los expedientes sancionadores y lo que hace es buscar una colaboración en la prestación de un servicio para el que ya posee estructura propia. Es importante el tema apuntado de que no se manejen cuantías del contrato, ya que si el mismo excede de los umbrales comunitarios, en ningún caso puede ser calificado como administrativo especial sino que debe ser calificado de servicios. No obstante, el informe comentado da testimonio de lo complejo del criterio empleado, que suscita dudas incluso en los órganos administrativos especializados en el asesoramiento en materia de contratos administrativos.

Finalmente, debo señalar que independientemente de la opinión personal que me merece la solución propuesta, creo que la situación se podría calificar por lo menos de pintoresca, ya que se hace que la calificación jurídica del contrato no dependa de aspectos sustantivos sino del presupuesto del mismo. El resultado de esta situación es que mediante la solución legislativa comentada se elude la aplicación del riguroso régimen de los contratos de servicios, por una regulación más liviana como es la de los contratos administrativos especiales. Por lo tanto, se cambia un régimen jurídico rígido, por otro más flexible, no obstante el legislador consciente de lo poco consistente de la maniobra realizada, devuelve la regulación a la del contrato de servicios cuando se superan los umbrales comunitarios, donde se corre el riesgo de ser sancionado por incumplimiento del derecho comunitario. Así encontramos que la mesiánica Ley de Contratos del Sector Público (ahora TRLCSP), en vez de reducir las puertas de atrás en la regulación de contratos mediante las cuales se puede obtener un régimen jurídico más flexible¹⁰¹³ lo que hace es abrir nuevas puertas.

CAPÍTULO III.

¹⁰¹³ Recordemos que con la anterior Ley esta posibilidad sólo era viable para los contratos de obras y los de suministro.

ELEMENTOS DEL CONTRATO. EXPEDIENTE DE CONTRACCIÓN. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

I. Elementos del contrato. A. Sujetos. B. Consentimiento. C. Objeto. Especial referencia al fraccionamiento del objeto del contrato. Análisis de la problemática que plantean los contratos mixtos de servicios. D. Causa. E. Forma. F. El precio del contrato. **II. El expediente de contratación. III. La adjudicación del contrato de servicios.**

I. Elementos del contrato.

A la hora de exponer los elementos del contrato del sector público de servicios, se debe tener en cuenta que dentro de la categoría genérica de contrato del sector público encontramos dos subespecies que son los administrativos y los privados.

Para analizar los elementos del contrato, se opta por seguir un esquema típico del derecho civil¹⁰¹⁴, al que se ha añadido las especialidades o modulaciones que surgen como consecuencia de que la entidad contratante sea un ente del sector público¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ L. DIÉZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit. pág. 29; dicen sobre el contrato: "...es también un supraconcepto (Oberbegriff), que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente, tanto al Derecho privado como al Derecho público en incluso al Derecho matrimonial.". Debido a esa característica del contrato, el esquema básico de análisis de cualquier tipo contractual (contrato laboral, mercantil o administrativo...) debe tomarse del derecho civil.

¹⁰¹⁵ Como ya se ha señalado en otros lugares de este trabajo, el Derecho administrativo originariamente hace uso de las figuras civiles; figuras que con el paso del tiempo va adaptando o modulando en función de las necesidades que se le plantean a la Administración (en este caso a los entes del sector público). La adaptación o modulación tiene una mayor intensidad, cuando el ente del sector público que celebra el contrato es una Administración pública. En este punto resulta imprescindible la cita del profesor S. MARTÍN RETORTILLO, *La institución contractual...*, op. cit. págs. 83 y sig. dice que: " En ese uso que la Administración hace de las instituciones privadas para la satisfacción de sus fines hay un momento- valoración histórica concreta, determinada- en el que para determinadas materias – valoración sustantiva, también perfectamente determinable-, diríase que tal régimen, el del derecho privado, no sirve. Es insuficiente fundamentalmente, por la necesidad de mantener en todas esas situaciones jurídicas la prerrogativa, la presencia constante y superior de la Administración pública: hay que arbitrar por ello, refiriéndonos a nuestro caso, normas rigurosamente anticontractuales en el sentido civil. Entonces, y en esos supuestos, es cuando las figuras contractuales de las que la Administración se sirve van especializándose de las civiles en cada situación concreta.".

En particular, a la clásica exposición civil de los elementos del contrato¹⁰¹⁶, se añade un análisis del precio del contrato¹⁰¹⁷.

A) Sujetos.

El análisis de los sujetos contratantes ha de iniciarse señalando que debe tomarse en consideración la participación de dos tipos de sujetos, el *ente contratante*, y el *contratista*.

A.1) Ente del sector público contratante.

En este punto las especialidades con respecto a la contratación civil, vienen determinadas por el hecho de que el ente que celebra el contrato tenga la consideración de Administración Pública¹⁰¹⁸.

El análisis de las especialidades que se presentan cuando quien celebra el contrato es una Administración¹⁰¹⁹, se debe hacer analizando los órganos de contratación¹⁰²⁰, órganos de asistencia¹⁰²¹, órganos consultivos¹⁰²², y órganos de auxiliares¹⁰²³.

¹⁰¹⁶ Esta exposición civil de los elementos del contrato, analiza los siguientes elementos: sujetos, consentimiento, objeto y causa. Ver L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit. págs. 39 y sig. .

¹⁰¹⁷ La determinación del precio en el ámbito de los contratos del sector público, tiene una importancia trascendental por varios motivos: el primero, es que el precio determina las reglas de publicidad del contrato; el segundo, consiste en que el precio es un elemento esencial para ver si es un contrato sujeto a regulación armonizada o no; también sirve para elegir el procedimiento de adjudicación (procedimiento negociado sin publicidad, por razón de la cuantía); o para ver si nos encontramos ante un contrato menor. Por lo tanto el precio es un elemento esencial en la estructuración de los contratos del sector público.

¹⁰¹⁸ Para ver que se debe entender por Administración Pública a los efectos de la LCSP, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la citada norma.

¹⁰¹⁹ Si bien es cierto que en determinadas ocasiones las especialidades afectan también al resto de entes que integran el sector público.

¹⁰²⁰ Análisis que consideramos recomendable realizar a la vista de lo dispuesto en los artículos 40 y sig. de la LCSP, y también el capítulo II, del título I, del libro V de la LCSP que lleva por rúbrica “Órganos de contratación”.

¹⁰²¹ Análisis que aconseja el capítulo II, del título I, del libro V de la LCSP, que lleva por rúbrica “órganos de asistencia”.

¹⁰²² Análisis que aconseja el capítulo III, del título I, del libro V de la LCSP, que lleva por rúbrica “órganos consultivos”.

¹⁰²³ Terminología esta utilizada por L. MORELL OCAÑA, en su trabajo *Requisitos de los contratos capacidad y solvencia de las partes, que se incluye en la obra colectiva, comentario a la Ley de contratos de*

A.1.1) Órgano de contratación.

Las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a los entes públicos, se distribuyen entre los órganos que integran el ente, estableciéndose un círculo de funciones para cada órgano¹⁰²⁴, mediante la división competencial. La competencia sirve como medida de la capacidad que corresponde a cada órgano de un ente público¹⁰²⁵, la competencia determina también la titularidad de una serie de potestades públicas¹⁰²⁶.

A la competencia para contratar de los entes públicos hace referencia el artículo 51.1 del TRLCSP, que dice que:

“1. La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.”¹⁰²⁷.

Como ya se sabe, la normativa vigente atribuye a los órganos de contratación una serie de competencias y de facultades¹⁰²⁸, que el ordenamiento jurídico permite que a su vez se

las Administraciones Públicas, coordinada por Gómez Ferrer, civitas, 2004, op. cit. pág.132. Dentro de esta denominación incluiremos a una serie de órganos que por sus funciones no permiten ser encuadrados en cualquiera de las categorías ya nombradas.

¹⁰²⁴ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 173, dice que: “Competencia de un órgano es el conjunto de funciones que le son atribuidas por el ordenamiento. La distribución de competencias de la Entidad entre los diversos órganos de la misma obedece al principio de división del trabajo.”.

¹⁰²⁵ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general I, primera edición*, Iustel, 2005, pág. 446.

¹⁰²⁶ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho*, op. cit. pág. 446, dice que: “En términos correctos, sin embargo, la competencia no es un objeto o cosa, sino una circunstancia o calidad estrictamente subjetiva, que consiste en la titularidad de dicho conjunto de intereses y potestades; o, más exactamente aún, la titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias, servicios o fines públicos determinados: no se tiene, pues, competencia; se es competente.”.

¹⁰²⁷ La redacción de este precepto toma en consideración, la variada tipología de entes que integran el sector público.

¹⁰²⁸ A modo de ejemplo podemos aludir a la facultad que tiene el órgano de contratación de designar un responsable del contrato (artículo 52 del TRLCSP), o de adjudicar el contrato.

puedan atribuir a otros órganos distintos del órgano de contratación, así lo dispone el artículo 51.2 del TRLCSP:

“2. Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades¹⁰²⁹ en esta materia con cumplimiento de las normas o formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de órganos administrativos¹⁰³⁰, o para el otorgamiento de poderes¹⁰³¹, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación.”¹⁰³².

Centrando el análisis en la competencia para contratar de los órganos de las Administraciones Públicas, y en las posibilidades de alteración de la misma que ofrece el ordenamiento jurídico, se analizará la posibilidad de delegación¹⁰³³, desconcentración¹⁰³⁴ y de avocación¹⁰³⁵ de competencias entre órganos administrativos.

La delegación se puede definir con el profesor COSCULLUELA.L. como “... la resolución de un órgano en cuya virtud se transfiere a otro órgano de la misma Entidad el ejercicio de competencias que están atribuidas al delegante. La titularidad de la competencia, en el caso de la delegación, sigue estando atribuida al delegante¹⁰³⁶, y por lo tanto la delegación solo afecta al puro ejercicio de la competencia delegada.”¹⁰³⁷.

¹⁰²⁹ La delegación o desconcentración puede afectar a todas las facultades que corresponden al órgano de contratación, o a alguna de ellas. Sobre la delegación y su posibilidad de modulación, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 176, dice que: “El órgano delegante puede modular en el acuerdo de delegación el alcance de la misma, pudiendo reservarse algunas facultades en relación al ejercicio de las competencias que son objeto de delegación.”.

¹⁰³⁰ La delegación y desconcentración, son mecanismos propios del Derecho administrativo que sirven para que un órgano haga uso de la competencia de otro órgano, sus diferencias serán apuntadas más adelante.

¹⁰³¹ El otorgamiento de poderes es la forma adecuada para la atribución de facultades, en el ámbito del derecho privado.

¹⁰³² Este precepto tiene en cuenta la diversidad de entes que integran el sector público.

¹⁰³³ Posibilidad mencionada en el artículo 52.2 del TRLCSP.

¹⁰³⁴ Posibilidad expresamente mencionada en el artículo 40.2 de la LCSP.

¹⁰³⁵ Posibilidad que se ampara en la legislación general de procedimiento administrativo (LRJ-PAC).

¹⁰³⁶ Por ese motivo la resolución se debe considerar dictada por el órgano delegante (artículo 13. 4 LRJ-PAC), y es revocable en cualquier momento (artículo 13. 6 LRJ-PAC).

¹⁰³⁷ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 176.

El régimen jurídico básico de la delegación en el derecho español, debe buscarse en el artículo 13 de la LRJ-PAC. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. distingue dos tipos de delegación, la *delegación intersubjetiva o entre entes*¹⁰³⁸; y la *delegación interorgánica o entre órganos*, aquí nos preocuparemos principalmente de esta.

En el caso de la delegación interorgánica, no es necesario que exista una relación de jerarquía entre los órganos¹⁰³⁹.

Por lo demás hay que decir que el ordenamiento impone una serie de formalidades a la delegación que por el objeto del trabajo no se exponen¹⁰⁴⁰.

La desconcentración aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general en el artículo 12 de la LRJ-PAC, que dice que:

“La titularidad¹⁰⁴¹ y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias¹⁰⁴²”.

¹⁰³⁸ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho...*, op. cit., dice que: Posee una regulación desigual y su utilización es escasa. Diferencia entre 1) delegación del Estado en las Comunidades Autónomas, dice que el vehículo es el artículo 150.2 de la Constitución; 2) delegación del Estado y las CCAA en las entidades locales, por los mecanismos que recoge la LRRL; 3) Delegación de un ente político primario de un determinado nivel territorial y las entidades instrumentales dependientes del mismo; 4) Delegación de potestades de los entes territoriales en Corporaciones de Derecho Público. Nosotros añadimos que de todas las técnicas de delegación intersubjetiva que recoge este autor, la única que ampara el artículo 13 de la LRJ-PAC es la tercera, cuando alude a: “...entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas.”.

¹⁰³⁹ Así, lo dice el artículo 13. 1 de la LRJ- PAC cuando señala que: “Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aún cuando no sean jerárquicamente dependientes...”. Cabe añadir, que nosotros consideramos que cuando se una relación de jerarquía, el órgano delegado en base verá impuesta la delegación; mientras que cuando no se de esa relación, el órgano delegado tiene la posibilidad de aceptarla o no.

¹⁰⁴⁰ Dentro de las formalidades y límites, se encuentra entre otras, la obligación de publicación de la delegación y de la revocación; el hecho de que el órgano delegado ha de comunicar que actúa por delegación, etc... Ver artículo 13 de la LRJ-PAC.

¹⁰⁴¹ Esta es la principal característica que presenta la desconcentración con respecto a la delegación, ya que en esta se produce una transmisión de la titularidad de la competencia.

¹⁰⁴² La referencia a las normas de atribución de competencias, determina que la atribución de competencias desconcentradas ha de realizarse mediante una disposición de carácter general, no mediante un simple acto administrativo.

A la desconcentración, en materia de contratación, en la Administración General del Estado hace referencia expresa el artículo 318 del TRLCSP, que dice que:

“Las competencias en materia de contratación podrán ser desconcentrada por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, en cualesquiera órganos, sean o no dependientes del órgano de contratación¹⁰⁴³.”.

El profesor GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús define la avocación como: “ la transferencia del ejercicio de la competencia decisoria en un asunto concreto a un órgano superior a aquel que la tiene atribuida o delegada con carácter general por razón de la materia, la jerarquía o el territorio y tiene lugar mediante acto administrativo.¹⁰⁴⁴”.

Su régimen jurídico general lo encontramos en el artículo 14 de la LRJ-PAC, que establece en su primer apartado lo siguiente:

“1. Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.¹⁰⁴⁵”.

Autorización del Consejo de Ministros: Finalmente, el TRLCSP regula una serie de supuestos¹⁰⁴⁶ en los que el órgano de contratación debe solicitar autorización al Consejo de

¹⁰⁴³ Se advierte aquí una especialidad con respecto al régimen general, del artículo 12 de la LRJ-PAC, especialidad que únicamente afectará a la Administración General del Estado.

¹⁰⁴⁴ Cita en Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Thomson- Aranzadi, 3ª edición, varios autores J.M. AYALA y otros, pág. 138.

¹⁰⁴⁵ Sobre la avocación, es posible citar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de junio de 1997, que dice: “Por otra parte, la avocación viene definida en la ley como la posibilidad de recabar el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda, ordinariamente o por delegación, a sus órganos administrativos dependientes. Surgen, así dos tipos de avocación: la propia, que consiste en enervar la competencia ordinaria del órgano inferior, y la impropia, que no es sino una revocación puntual de una delegación anterior.”.

¹⁰⁴⁶ El artículo 317.1 del TRLCSP, dice que: “ Los órganos de contratación de los departamentos ministeriales, organismos autónomos, Agencias Estatales y entidades de derecho público estatales, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, necesitarán autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos en los siguientes supuestos: a) Cuando el valor estimado del contrato, calculado conforme a lo señalado en el artículo 76, sea igual o superior a doce millones de euros. b) En los de

Ministros. Este es un supuesto diferente de los anteriores puesto que el órgano de contratación es el mismo, si bien debe solicitar autorización para contratar al Consejo de Ministros con carácter previo a la aprobación del expediente¹⁰⁴⁷. También puede el Consejo de Ministros reclamar discrecionalmente el conocimiento y autorización de cualquier otro contrato¹⁰⁴⁸. Cuando el Consejo de Ministros reclame la autorización de un contrato, debe autorizar la modificación cuando sea causa de resolución, y la resolución misma del contrato¹⁰⁴⁹.

Centrales de contratación: Se ha optado por incluir en el apartado dedicado a los órganos de contratación la referencia a las centrales de contratación, que aparecen previstas en el TRLCSP, como servicios especializados encargados de la adquisición de determinados bienes.

La terminología adoptada por el TRLCSP proviene del derecho comunitario, que ha sentido la necesidad de definir este tipo de unidades administrativas debido a la generalización de su uso por parte de algunos países miembros¹⁰⁵⁰; en España ya existían antecedentes de estas centrales con la legislación anterior¹⁰⁵¹.

carácter plurianual cuando se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades legalmente previstos a los que se refiere el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. c) Cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años.”.

¹⁰⁴⁷ Artículo 317.2 TRLCSP.

¹⁰⁴⁸ Artículo 317. 3 TRLCSP.

¹⁰⁴⁹ Artículo 317. 4 TRLCSP.

¹⁰⁵⁰ El considerando 15 de la Directiva 2004/18/CE, señala que: “Se han desarrollado en algunos estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/ acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministro y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva.”.

¹⁰⁵¹ Así los artículos 183 y 199 del TRLCAP, establecían la posibilidad que el Ministro de Economía y Hacienda declarar de adquisición centralizada la adquisición de determinados bienes y servicios.

Mediante una central de contratación, las entidades del sector público¹⁰⁵², encargan a un servicio especializado¹⁰⁵³ la contratación de obras¹⁰⁵⁴, servicios y suministros¹⁰⁵⁵. La actuación de estos órganos consiste en: 1) adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación, 2) adjudicar contratos, 3) celebrar acuerdos marco¹⁰⁵⁶ para la realización de obras, suministros o servicios¹⁰⁵⁷.

En cuanto la posibilidad de acudir a las centrales de contratación, del TRLCSP establece dos opciones:

La primera, consistiría en la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas¹⁰⁵⁸ y las Diputaciones Provinciales¹⁰⁵⁹ de crear sus propias centrales.

La segunda posibilidad que el TRLCSP ofrece a las entidades que integran el sector público de adherirse a una central de contratación ya creada, la adhesión puede ser a la central del Estado¹⁰⁶⁰, o a la de una Comunidad Autónoma, o una Entidad Local¹⁰⁶¹.

A.1.2) Órganos de asistencia.

¹⁰⁵² Puede encargar la contratación cualquier entidad del sector público, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 3 de la TRLCSP, en cuanto al ámbito subjetivo del encargo.

¹⁰⁵³ Un dato importante a tomar en consideración, es que el servicio al que se le hace el encargo, ha de ser un servicio especializado. Lógicamente la especialización debe ser en la adquisición centralizada.

¹⁰⁵⁴ La nueva regulación siguiendo, por influencia de la Directiva comunitaria (ver artículo 1.1 de la Directiva 2004/18/CE), amplía el ámbito de actuación de las centrales de contratación a los contratos de obras.

¹⁰⁵⁵ Así lo dispone el artículo 207.1 del TRLCSP.

¹⁰⁵⁶ Los acuerdos marco constituyen una novedad introducida por la nueva LCSP, aparecen regulados en los artículos 180 y sig., nos ocuparemos de ellos en otro lugar del trabajo.

¹⁰⁵⁷ Ver en este sentido, el artículo 187.2 de la LCSP.

¹⁰⁵⁸ Conforme al artículo 188.1 de la LCSP, al crearse la central debe delimitarse los tipos de contratos y el ámbito subjetivo al que se extiende.

¹⁰⁵⁹ El artículo 188.2 de la LCSP, establece que para la creación por una Diputación Provincial de una central de contratación, tiene que producirse un acuerdo del Pleno de la misma.

¹⁰⁶⁰ Los artículos 190 y sig. de la LCSP regulan la adquisición centralizada en el Estado. La posibilidad de adhesión aparece prevista en el artículo 189.1 y requerirá que se suscriba un acuerdo con la Dirección General de Patrimonio del Estado.

¹⁰⁶¹ Esta posibilidad la contempla expresamente el artículo 189.2 de la LCSP, que dice: “2. Igualmente, mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades Locales.”.

Se analizan los distintos órganos de asistencia al órgano de contratación que regula la LCSP.

Mesas de contratación: El profesor COSCULLUELA L. define la mesa de contratación como: “...un órgano colegiado¹⁰⁶² de composición técnico- jurídica que prepara la decisión definitiva de adjudicación por el órgano de contratación.”¹⁰⁶³, otros autores destacan también el carácter transitorio, consultivo e independiente de la mesa (MOREL OCAÑA, L.)¹⁰⁶⁴. La constitución de la mesa de contratación es obligatoria en los procedimientos abiertos, restringidos y los negociados con publicidad a que se refiere el artículo 320.1 del TRLCSP, siendo su constitución potestativa en los procedimientos negociados en los que no sea necesaria la publicación¹⁰⁶⁵.

En cuanto a la composición de la mesa, cabe señalar que la misma está compuesta por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente¹⁰⁶⁶, y un Secretario¹⁰⁶⁷; siendo nombrados por el órgano de contratación¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶² Sobre el funcionamiento de los órganos colegiados puede consultarse a Eloisa Carbonel Porras, *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Edita BOE.

¹⁰⁶³ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 409.

¹⁰⁶⁴ L. MORELL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. págs. 132 y sig., dice sobre la mesa que: “Pueden definirse como un órgano técnico, transitorio, consultivo e independiente. ...El carácter técnico le viene proporcionado por su composición...El carácter transitorio, porque se convoca para que realice una tarea en un momento determinado.... de acuerdo con la tarea que tiene encomendada debe gozar de independencia, ejerce una función consultiva, asistiendo al órgano de contratación, antes de la adjudicación.

¹⁰⁶⁵ Artículo 320 TRLCSP.

¹⁰⁶⁶ Conforme al artículo 320 TRLCSP entre los vocales deberá figurar el funcionario o la persona a quien corresponda el asesoramiento legal, y un interventor o persona que tenga asumidas funciones de control presupuestario.

¹⁰⁶⁷ Artículo 320 TRLCSP.

¹⁰⁶⁸ Artículo 320 TRLCSP. Sobre la posibilidad de que personal eventual pueda participar en una mesa de contratación, cabe señalar que dicha opción ha sido vetada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 49/08, de 29 de enero de 2009, que dice que: “Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que el personal eventual a que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público no puede integrarse como miembro de la Mesa de contratación en las Corporaciones locales, pero sí puede asesorar a las mismas mediante la emisión de informes técnicos que éstas consideren oportunos, conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.”.

Mesa especial del diálogo competitivo: El legislador consciente de la dificultad que tiene el procedimiento de diálogo competitivo ha optado por crear un órgano de asistencia especialmente cualificado cuando el contrato se vaya a adjudicar por este procedimiento. La principal particularidad de esta mesa especial es que a la misma se incorporan personas especialmente cualificadas en la materia que verse el diálogo¹⁰⁶⁹, designadas por el órgano de contratación, en una proporción igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa, participando en el órgano colegiado con voz y voto¹⁰⁷⁰.

El TRLCSP atribuye, en los contratos de CPP, una función asistencial más a la mesa especial consistente en la elaboración del documento de evaluación a que se refiere el artículo 134 del TRLCSP¹⁰⁷¹.

Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada: Se trata de una mesa que tiene una composición interdepartamental que asiste al Director General de Patrimonio del Estado, en su condición de órgano de contratación del sistema estatal de adquisición centralizada¹⁰⁷². Esta medida nos resulta lógica, puesto que si se atribuye a un órgano especializado la adquisición centralizada, es lógico que el mismo se vea asistido también por un órgano colegiado especializado. También sería aconsejable que en el supuesto de que las Comunidades Autónomas o las Diputaciones Provinciales crearan sus propios órganos de adquisición centralizada, los dotaran de unos órganos asistenciales similares al que acabamos de mencionar.

Jurado de concursos: Se trata de un órgano específico, que participa en los concurso de proyectos, asumiendo las funciones de la mesa de contratación¹⁰⁷³. Se incorporarán hasta cinco personalidades de notoria competencia en el ámbito relevante, designadas por el

¹⁰⁶⁹ El título habilitante que justifica la incorporación a esta mesa especial de contratación, es la condición de expertos de las personas que se incorporan a la mesa.

¹⁰⁷⁰ Artículo 321 del TRLCSP.

¹⁰⁷¹ Artículo 321 del TRLCSP.

¹⁰⁷² Así lo dice el artículo 321 del TRLCSP.

¹⁰⁷³ El artículo 323.1 del TRLCSP dice que: "...la Mesa de contratación se constituirá en Jurado de concursos...".

órgano de contratación¹⁰⁷⁴. Los miembros del jurado deben ser personas físicas independientes de los participantes en el concurso¹⁰⁷⁵.

Cuando se exija a los candidatos poseer una determinada cualificación o experiencia, al menos una tercera parte de los miembros del Jurado deben estar en posesión de la misma u otra equivalente¹⁰⁷⁶.

A.1.3) Órganos consultivos.

Cabe señalar que en el ejercicio de las funciones que les encomienda el ordenamiento jurídico, los órganos de las Administraciones Públicas con competencias en materia de contratación disponen de una serie de órganos de consulta. De los cuales me ocupo en las próximas líneas.

*Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado*¹⁰⁷⁷ (artículo 324 TRLCSP): Se trata de un órgano consultivo específico en materia de contratación, para las entidades que integran el sector público estatal.

Órganos análogos de las Comunidades Autónomas (artículo 325 TRLCSP): La Ley establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen sus propios órganos consultivos específicos, análogos a la Junta Consultiva, pudiendo realizar funciones de consulta con respecto a las entidades locales sitas en su ámbito territorial.

¹⁰⁷⁴ Artículo 323.1 TRLCSP.

¹⁰⁷⁵ Cuando los expertos que participen en el Jurado, lo hagan percibiendo una retribución económica, nos encontraremos ante las prestaciones propias de un contrato de servicios. En este caso nos encontraríamos ante una prestación de hacer consistente en la consecución de un resultado. Por lo tanto nos encontramos ante una obligación de resultado; ya que el experto que participa en el jurado asume la obligación de participar en las deliberaciones del jurado y en base a esa participación emitir un voto.

¹⁰⁷⁶ Ver artículo 323.2 LCSP.

¹⁰⁷⁷ J.A. SANTÍAS VIADA, *La junta consultiva de contratación administrativa*, en Comentario de a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Thomson- civitas, coor: Gomez Ferrer, 2004, pág. 202, dice en torno a los antecedentes del Junta que: “ El Decreto 239/1960, de 4 de febrero, crea la JCCA como órgano consultivo del Ministerio de Hacienda con la misión específica de “ examinar los expedientes de los proyectos adicionales y reformados de obras contratadas, de revisión o modificación de sus precios, de prórroga de su plazo de ejecución o de resolución de los contratos que se tramitasen por los Organismos de la Administración Central o por los organismos autónomos sometidos a las prescripciones de la Ley de 26 de diciembre de 1958, así como las de proponer las medidas que, a su juicio, fuera conveniente adoptar para perfeccionar la ordenación de la contratación administrativa.”.

*Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas*¹⁰⁷⁸: Aunque el TRLCSP no alude al Consejo de Estado cuando habla de los órganos consultivos, resulta indudable que es un órgano consultivo que participa en materia de contratación pública. También hay que referenciar a los órganos autonómicos análogos al Consejo de Estado, que asumen las mismas funciones que la ley atribuye al Consejo de Estado¹⁰⁷⁹.

A.1.3) *Órganos auxiliares*¹⁰⁸⁰.

Oficinas de supervisión de proyectos o unidades análogas (artículo 125 del TRLCSP): Se trata de unos órganos que intervienen en los contratos de obras, verificando el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que resultan de aplicación al procedimiento de edificación¹⁰⁸¹.

Responsable del contrato (artículo 52 del TRLCSP): Es una figura tomada del derecho francés¹⁰⁸², si bien en el país vecino el responsable del contrato tiene asumidas mayores

¹⁰⁷⁸ Como nos recuerda J.A. GARCÍA TREVIJANO, en *El consejo de estado como garantía. competencias en materia de contratación*, en Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Thomson- Aranzadi, coor: Gomez Ferrer, 2004, pág. 397, en Consejo de Estado sirve como garantía de legalidad, acierto y oportunidad de la acción pública, también podemos citar a M. B. DÍEZ, *La intervención de los consejos consultivos en los procedimientos de modificación de contratos*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 8, 2007, dice que: “La experiencia demuestra que la función consultiva en los procedimientos administrativos de modificaciones contractuales gozan de dos atributos: primero, la escasez de consultas que llevan al control previo de legalidad que sumen los órganos consultivos, y segunda; la inconveniencia de someter tales expedientes a este informe externo, pues es la mayor parte de los supuestos, nos hallamos ante hechos consumados, por lo que el resultado del dictamen no puede ser otro que el de su sentido favorable.”.

¹⁰⁷⁹ Hay que señalar que actualmente todas las Comunidades Autónomas tienen su propio órgano consultivo, la última en crearlo ha sido la Comunidad de Madrid que lo ha hecho por medio de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

¹⁰⁸⁰ El término de órganos auxiliares ha sido tomado del trabajo de L. MORELL OCAÑA, *Requisitos de los contratos...*, op. cit. pág. 132 y sig., pretendemos que sea concebido como una especie de cajón desastre en el que se incluyen todos órganos que no son susceptibles de ser encuadrados en alguna de las categorías anteriormente mencionadas.

¹⁰⁸¹ Su intervención es preceptiva en los contratos de cuantía igual o superior a los 350.000 euros y en los de cuantía inferior a la señalada cuando se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra; en los demás casos su intervención supervisando es facultativa.

¹⁰⁸² El artículo 20 del Decreto nº 2005-1737 de 30 de diciembre de 2005, que aprueba en el país vecino el Código de Contratos Públicos, dice que: “La persona responsable del contrato estará encargada de aplicar los procedimientos de adjudicación y de ejecución de contratos. Será ella quien los firme. La persona responsable del contrato podrá hacerse representar en el ejercicio de sus funciones salvo en el caso de la elección del

funciones que en España. El órgano encargado de designar al responsable es el órgano de contratación, siendo sus funciones las de supervisar la ejecución, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias para la correcta ejecución del contrato, dentro del ámbito de facultades que le atribuya el órgano de contratación. Puede ser una persona física o jurídica, vinculada o no al contratante, lo que abre la puerta a la posibilidad de contratar, por medio de un contrato de servicios esta figura de la relación contractual¹⁰⁸³. Con el fin de evitar conflictos con las funciones del director facultativo en los contratos de obras, la Ley proclama la compatibilidad del responsable con esta figura¹⁰⁸⁴.

Director Facultativo de las Obras (artículo 52.2 del TRLCSP): La figura del director facultativo es configurada por el legislador como una modalidad de contrato de servicios debido a la revisión que hace este precepto a la regulación del contrato de servicios¹⁰⁸⁵. En principio plantean dudas las funciones del director facultativo, con respecto a las del responsable del contrato, si bien las mismas se ven despejadas si tenemos en cuenta que el órgano de contratación al designar al responsable del contrato tiene que determinar sus facultades debiendo, en esa determinación, evitar contradicciones con las funciones del director facultativo¹⁰⁸⁶.

A.2) Abstención y recusación.

adjudicatario u la firma del contrato. La autoridad competente para formalizar los contratos designará, llegado el caso, a otras personas responsables de los contratos teniendo en cuenta la elección realizada en la aplicación del punto II del artículo 5. Las delegaciones de competencia o de firma que ésta dé con este fin deberán precisar las categorías y las cuantías de los contratos para las que dichas delegaciones hayan sido otorgadas. La autoridad competente mencionada en el párrafo anterior será el Ministro cuando se trate de las administraciones centrales, los servicios descentralizados que dependan directamente de su autoridad y los servicios de la esfera de competencia nacional y el Prefecto si se trata de los servicios descentralizados del Estado que dependen de su autoridad.”.

¹⁰⁸³ En el caso de que no exista vinculación al contratante, y se encomiende la actividad de responsable del contrato a un sujeto no perteneciente al sector público, nos encontraríamos ante un contrato de servicios. Con una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad (que es la supervisión del contrato).

¹⁰⁸⁴ Artículo 52.1 TRLCSP.

¹⁰⁸⁵ El artículo 52.2 de la TRLCSP, dice que: “ 2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV.”:

¹⁰⁸⁶ El artículo 52.1 del TRLCSP dice: “Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato..., dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan...”.

El TRLCSP ha optado por configurar el ámbito subjetivo de la abstención y recusación en los procedimientos de contratación en un sentido amplio, de esta forma el artículo 319 del TRLCSP dice: “Las autoridades y el personal que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”. La Ley ha optado por aplicar las causas de abstención de recusación, en el sentido más amplio posible implicando a todas las autoridades y personal que intervengan en los procedimientos de contratación, independientemente del rol con en el que intervengan en el procedimiento de contratación.

A.2) *Contratista.*

Como ya he dicho el análisis de los sujetos que intervienen en un contrato del sector público ha de realizarse desde dos puntos de vista. El primero, desde el del ente contratante; y el segundo, desde el del contratista del sector público.

A.2.1) *Consideraciones generales sobre el contratista del sector público.*

La primera cuestión que hay que apuntar al aludir a los contratistas es que con el TRLCSP se ha roto con la regla de que no era posible la celebración de contratos entre Administraciones Públicas, la anterior prohibición se fundamentaba probablemente en la difícil justificación a nivel teórico de que una Administración pudiera hacer uso de potestades administrativas frente a otra¹⁰⁸⁷, en particular que pudiera hacer uso de su potestad de autotutela¹⁰⁸⁸. Ahora el artículo 4 del TRLCSP en su letra c, excluye del ámbito de la Ley: “ Los convenios de colaboración que celebre las Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos entre sí,

¹⁰⁸⁷ Se justificaba por lo tanto en la igualdad de género existente entre el ente que contrata y el contratado.

¹⁰⁸⁸ Así lo ha mantenido la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que ha señalado que entre las Administraciones Públicas, es admisible la autotutela declarativa pero no la ejecutiva; ver, Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1992, Ministerio de Justicia, págs. 58, 59 y 157 y sig. También J.M. AYALA MUÑOZ y otros *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas* op. cit..

salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.”¹⁰⁸⁹. Este precepto permite que una Administración Pública pueda ser contratista, cuando el objeto de la prestación que se compromete a realizar sea alguno de los contratos típicos. En el resto de supuestos, deberán acudir al convenio ¹⁰⁹⁰.

A mi entender, el precepto comentado es un mecanismo que tiene por objeto hacer frente al fenómeno de la *huída del derecho de la contratación pública*, ya comentado, ya que con la regulación anterior por la vía del convenio (el convenio interadministrativo es concebido como un instrumento jurídico en el que las Administraciones Públicas que intervienen lo hacen en pie de igualdad¹⁰⁹¹) se podían pactar prestaciones que formaban parte de un contrato típico con otra Administración, eludiéndose de esta forma los sistemas de publicidad y de licitación de la Ley¹⁰⁹². Aparece aquí nuevamente la preocupación comunitaria por eliminar ámbitos que restrinjan la publicidad de las licitaciones, siendo

¹⁰⁸⁹ La redacción de este precepto responde a las exigencias que provienen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así la STJCE Asunto C-84/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, decía: “ Constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, una normativa nacional en materia de contratos públicos que excluye a priori de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración celebrados entre las Administraciones Públicas y las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de las citadas Directivas.”. También la STJCE Asunto C- 220/05, Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne, de 18 de enero de 2007, dice que: “ Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encargada a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de los dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.”.

¹⁰⁹⁰ El convenio de colaboración ha sido un mecanismo por medio del cual se ha buscado eludir la aplicación del régimen general de la contratación pública, así se llegó a excluir de la aplicación de la Ley de Contratos del Estado de 1965 los convenios suscritos entre la Administración y un particular para promover la realización de actividades de desarrollo económico de interés público, para profundizar sobre esta cuestión: M. BASSOLS COMA, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, Revista de Administración Pública, núm. 82, 1977.

¹⁰⁹¹ Sobre la igualdad que existe entre las partes en el convenio administrativo, puede consultarse a P.MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, op. cit. que dice que: “Los convenios son auténticos negocios jurídicos públicos “intuitu personae” que celebran las Administraciones y entes públicos en pie de igualdad, con el fin de satisfacer las necesidades derivadas de la colaboración administrativa.”.

¹⁰⁹² El artículo 4.c del TRLCSP, abre la posibilidad a que surja un supuesto llamativo, a nuestro entender. El mismo consiste en que se puede dar el supuesto que una Administración Pública concurren con un particular, en una licitación.

motor de los cambios legislativos. Cabe añadir que si la justificación teórica a la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley a las Administraciones Públicas era la difícil justificación de la existencia de potestades entre administraciones¹⁰⁹³, el legislador podría haber configurado, en el TRLCSP, estos contratos como contratos privados.

Es fundamental analizar los aspectos relativos a la capacidad para contratar con el sector público. En este sentido son ilustrativas las afirmaciones de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R. quienes señalan que: “... es habitual en todos los ordenamientos añadir a las reglas civiles de capacidad jurídica y de obrar una serie de prohibiciones, incompatibilidades o incapacidades que reducen el número de las personas que pueden contratar válidamente con la Administración en garantía del interés público¹⁰⁹⁴”.

A.2.2) Análisis de la aptitud jurídica de los empresarios para contratar con la Administración.

Siguiendo en este punto, a MOREL OCAÑA, L.¹⁰⁹⁵, podemos decir que la aptitud jurídica para contratar con el sector público depende del cumplimiento de unos requisitos positivos¹⁰⁹⁶ y otros negativos¹⁰⁹⁷. Para efectuar el análisis de la aptitud jurídica para contratar con los entes que integran el sector público, se ha optado por tratar de respetar al máximo la sistemática del TRLCSP por lo que en esta exposición se sigue el orden que sigue la propia Ley de Contratos¹⁰⁹⁸, hay que recordar en esta introducción que la participación en una licitación pública, supone para el contratista una serie de cargas formales, añadidas o desconocidas para ofertas similares que pudiera realizar en el sector privado, lo

¹⁰⁹³ Ya que las mismas tenían que intervenir en pie de igualdad.

¹⁰⁹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho...*, op. cit. pág. 700.

¹⁰⁹⁵ L. MOREL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 136.

¹⁰⁹⁶ Dentro de los requisitos positivos el autor incluye la capacidad de obrar y la solvencia, dentro de los requisitos positivos nosotros aprovecharemos para hablar de la solvencia.

¹⁰⁹⁷ En el requisito negativo, el autor incluye las prohibiciones. L. MOREL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 136.

¹⁰⁹⁸ La LCSP dedica el Capítulo II del Título II del Libro I a la regulación de la capacidad y solvencia del empresario.

anterior se debe al interés público que hay inherente a toda licitación, que debe conducir a la selección de la oferta económicamente más ventajosa¹⁰⁹⁹.

Dentro de la regulación contenida en el TRLCSP, en lo que respecta a la capacidad para contratar, distinguiremos entre: 1) unas normas generales de capacidad, 2) unas normas especiales, 3) formas de acreditar la capacidad. Finalmente se hará un análisis separado de la solvencia y clasificación de las empresas y de las prohibiciones para contratar.

1) Normas generales de capacidad.

Estas normas generales de capacidad se encuentran en los artículos 54,55 y 56 TRLCSP.

El artículo 54 del TRLCSP, dice:

“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas¹¹⁰⁰, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar¹¹⁰¹, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁹ Acerca de las cargas formales que implica toda licitación pública, es conveniente destacar la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 134/2012, de 19 de julio de 2012, Recurso 134/2012, que dice que: “...la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales, que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, en condiciones de igualdad.”.

¹¹⁰⁰ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 29/ 1997, de 14 de julio, dice: “No es posible que las comunidades de bienes concurran a la adjudicación de contratos públicos ya que no tienen personalidad jurídica.”. También el Informe de la JCCA 5/1999, de 17 de marzo, que dice que: “Las sociedades irregulares y en formación al no tener personalidad jurídica no pueden contratar con la Administración.”.

¹¹⁰¹ Informe 55/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que dice sobre las sociedades civiles que: Las sociedades civiles que no tengan secretos sus pactos entre los socios, pueden contratar con las Administraciones Públicas siempre que su objeto social comprenda la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.”.

¹¹⁰² Este apartado constituye una novedad con respecto a lo establecido en la regulación anterior. Esta previsión proviene de lo establecido en el artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE, el párrafo segundo del citado precepto dice sobre el contrato de servicios: “ En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, cuando los candidatos o licitadores necesiten una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.”; como ejemplo de esta autorización especial o pertenencia a organización, podemos citar el

3.En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 49.”.

Con respecto a las empresas no comunitarias, hay que acudir a lo establecido en el artículo 55 del TRLCSP, que dice que:

“ 1. Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio.

2. Para la celebración de contratos de obras será necesario, además, que las empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil.”.

Finalmente el artículo 56 del TRLCSP, establece una serie de condiciones especiales de compatibilidad¹¹⁰³, dice que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de empresas licitadoras.”¹¹⁰⁴.

ejercicio de profesiones tituladas para el cual sea necesario estar inscrito en un colegio profesional, como arquitectos, ingenieros o abogados.

¹¹⁰³ Es preciso resaltar que esas condiciones especiales se refieren a la compatibilidad, entendida esta como la posibilidad del contratista de concurrir a determinados contratos cuando ha participado anteriormente en contratos relacionados con los que concurre. Es por este motivo, por el que hemos decidido no incluir este precepto dentro de las normas especiales de capacidad, ya que el mismo no afecta a la capacidad.

¹¹⁰⁴ Este precepto responde a las exigencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así la STJCE Asuntos C- 21/03 y C- 34/03, Fabricom S.A contra État belge, de 3 de marzo de 2005, dice que: “ La disposición de cada una de las Directivas según la cual las entidades adjudicatarias velarán por que se garantice la igualdad de trato entre los licitadores, se oponen a una norma nacional conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia. Teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado tales trabajos preparatorios podría

2. Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio¹¹⁰⁵.”

2) Normas especiales de capacidad.

Estas normas especiales de capacidad aparecen comprendidas en los artículos 57, 58 y 59 del TRLCSP, estas afectan respectivamente a las personas jurídicas, a las empresas comunitarias y a las uniones de empresarios.

Personas jurídicas: Las reglas especiales de capacidad que las afectan aparecen recogidas en el artículo 57 del TRLCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios¹¹⁰⁶.”

hallarse en una situación favorable, es cierto que no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador. Sin embargo, una norma que no concede a dicha persona ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, esta situación no puede falsear la competencia va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores.”.

¹¹⁰⁵ El artículo 42 del Código de Comercio, tiene el siguiente tenor literal: “Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de votos.
- d. Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.”.

¹¹⁰⁶ Este precepto establece una vinculación de la actividad de la persona jurídica, y el concreto contrato al que pretende optar. De esta manera los estatutos o reglas fundacionales (que son los que determinan el ámbito de actuación de la persona jurídica), se relacionan con el objeto del contrato; permitiendo comprobar que la persona jurídica puede suscribir el contrato correspondiente, al estar dentro de su ámbito de actuación.”.

2. Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.”.

Empresas comunitarias: Las reglas especiales de capacidad exigibles a las empresas comunitarias, son las que aparecen en el artículo 58 del TRLCSP, que pasamos a reproducir:

“1. Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las empresas no españolas de los Estados miembros de la Unión Europea que con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate.

2. Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito.¹¹⁰⁷”.

Uniones de empresarios: Finalizaremos la exposición de las reglas especiales de capacidad, haciendo una referencia a las uniones de empresarios, que aparecen previstas en el artículo 59 del TRLCSP.

Su régimen jurídico se debe buscar en el TRLCSP, y su reglamentación de desarrollo, y en la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre Régimen Fiscal de la Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, en adelante Ley de UTEs.

Conforme al artículo 7 de la Ley de UTEs, se considera Unión Temporal de Empresas: “aquel sistema de colaboración entre empresarios que surge como consecuencia de la realización de determinados contratos de asociación, de carácter temporal para el desarrollo

¹¹⁰⁷ Este inciso tiene su fundamento en el párrafo segundo del artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE.

o ejecución de una obra, servicio o suministro que dará lugar a una organización sin personalidad jurídica.¹¹⁰⁸”.

Su objeto no puede ser genérico, sino que las UTE sólo pueden constituirse para desarrollar o ejecutar una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España. No obstante, también podrán desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal (Ver artículo 8.c Ley de UTEs.).

Acerca de los requisitos formales de constitución, el artículo 8.e de la Ley de UTEs dice que: es preciso que el contrato de colaboración entre las empresas se formalice en escritura pública para que tenga naturaleza de UTE, expresando en aquélla: el nombre, apellidos o razón social de los otorgantes su nacionalidad y domicilio; así como la voluntad de los otorgantes de constituir la unión y los estatutos o pactos que han de regir su funcionamiento.

Para concluir la exposición entorno a las UTE, pasamos a reproducir el artículo 59 del TRLCSP, que dice que:

“1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

2. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en el caso de resultar adjudicatarios del contrato

3. La duración de las uniones temporales empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁸ M. CALVO CHARRO, *Las uniones temporales de empresas*, en la obra colectiva coordinada por Gómez Ferrer, op. cit. pág. 174, dice que: “Las UTE se caracterizan, en definitiva, por la cooperación empresarial.”.

¹¹⁰⁹ Sobre la duración de la UTE, M. CALVO CHARRO, *Las uniones temporales...*, op. cit. pág. 177, dice que: “Por lo que hace a la duración de la UTE, aquélla coincidirá con la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto pero siempre con el límite máximo de diez años previsto en el artículo 8 de la Ley 8/1982

4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.”.

3) Formas de acreditar la capacidad.

Si hasta ahora se ha realizado un análisis de los requisitos generales y especiales de capacidad para contratar con el sector público, ahora ha de completarse aludiendo a las formas en las que se puede acreditar que se cumple con los mismos. En particular, hay que acudir al artículo 72 del TRLCSP que dispone que:

“1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

2. La capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación.

en relación con el régimen fiscal. En casos excepcionales, las UTE inscritas en el registro especial del Ministerio de Hacienda podrán solicitar del mismo tantas prórrogas, de un año cada una, como precisen para alcanzar su objetivo. El citado Ministerio otorgará o denegará las prórrogas discrecionalmente.”. Y pág. 182, dice que: “el contrato se perfecciona a pesar de la ausencia de escritura pública, pues para ello basta la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente. No pudiendo, sin embargo formalizar el contrato hasta que la unión temporal haya sido públicamente escriturada y, de este modo, acreditada su capacidad de obrar.”. pág. 182, dice que: “ Esta medida supone para las UTE que se hubieran unido únicamente para actuar como tales en el caso de convertirse en contratistas de la Administración, un considerable ahorro de tiempo y dinero en el supuesto de que finalmente, no resultaran adjudicatarias, pues facilita su posterior desunión de forma rápida y sin formalismos.” Y pág. 176, dice que: “En todo caso, las actuaciones de la UTE se realizarán a través de un gerente único nombrado al efecto, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes en nombre de la misma. Usualmente el gerente y los representantes de las empresas miembros celebrarán reuniones mensuales o bimensuales, para conocer el estado de la UTE o tomar decisiones sobre temas concretos. Estas reuniones reciben el nombre de Comités de Gerencia.”.

3. Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.”.

A.3) Solvencia y clasificación.

Ha sido una constante, en el presente trabajo, el intento de realizar un análisis de la contratación pública desde la óptica del derecho comunitario, el motivo es doble, en primer lugar, el propio objetivo de la Ley que no es otro que trasponer la Directiva de contratos; y en segundo lugar, la Ley introduce, o mejor dicho importa conceptos del derecho comunitario de la contratación pública, lo que empuja a realizar un esfuerzo interpretativo desde la perspectiva de ese derecho.

Como prólogo del análisis de la solvencia y la clasificación, me gustaría introducir dos conceptos que maneja el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuales son el de de verificación de la aptitud de los licitadores, y el de criterios de adjudicación de los contratos.

La verificación de la aptitud de los licitadores es una operación que se realiza con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica¹¹¹⁰.

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación, cabe señalar que son aquellos que se establecen para seleccionar la proposición más ventajosa¹¹¹¹.

La verificación de la aptitud para contratar, y la adjudicación, son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, aunque las mismas puedan tener lugar simultáneamente¹¹¹².

¹¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 2008, Asunto c-532/06, Emm.G. Lianakis y otros contra Dimos Alexandroupolis y otros.

¹¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes/ Países Bajos.

¹¹¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes/ Países Bajos, dice que: “...la verificación de la aptitud de los contratistas para

Puede que conceptualmente las dos fases parezcan claras, pero lo cierto es que generan confusión, muestra de la misma son los constantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se puede resumir su doctrina en los siguientes puntos:

- *Asunto C- 532/06*, dice el Tribunal que: Por consiguiente se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

- *Asunto C- 532/06*, dice que: Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como “criterios de adjudicación” en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que por tanto, no tienen la cualidad de “criterios de adjudicación”.

- *Sentencia de 6 de julio de 2005, Asunto T 148/04*, que dice que: En el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato publicado mediante anuncio de licitación, la calidad de las ofertas ha de evaluarse en función de las propias ofertas y no a partir de la experiencia adquirida por los licitadores con la entidad adjudicadora a raíz de contratos precedentes, o en función de criterios de selección como la capacidad técnica de los candidatos que ya han sido comprobados en la fase de selección de las candidaturas y que no pueden ser tenidos en cuenta de nuevo a efectos de la comprobación de las ofertas.

Finalmente señalar que la fase de acreditación de la aptitud, de la que se habla en instancias europeas, coincide con la fase de acreditación de la solvencia y clasificación que regula el *TRLCS*¹¹¹³.

ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público....la Directiva..., no excluye que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente ambas operaciones se rigen por normas diferentes.”.

¹¹¹³ El concepto criterio de aptitud también es manejado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, este manejo es una muestra de que por parte de este órgano consultivo también se hace uso de la terminología comunitaria, así podemos citar el Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, en el que dice que:

La solvencia constituye, pues, un requisito de aptitud para poder contratar con el sector público¹¹¹⁴, el requisito de la solvencia se sustituye por el de la clasificación cuando así lo exige la Ley¹¹¹⁵. La solvencia y la clasificación son unos mecanismos, por medio de los cuales el ordenamiento jurídico impone a los contratistas del sector público la necesidad de cumplir con determinados requisitos que constituyen una garantía para el ente que celebra el contrato, ya que permite valorar a priori que el contratista dispone de los medios necesarios para garantizar la buena ejecución del contrato que se programa celebrar¹¹¹⁶.

A la hora de establecer e interpretar los criterios de solvencia, los órganos de contratación deben tener muy presente un principio comunitario inspirador de la contratación pública, cual es el principio de proporcionalidad¹¹¹⁷. Efectivamente, en el momento de delimitar los criterios de solvencia, se debe realizar un juicio de valor, procurando ajustar los criterios de solvencia al objeto del contrato, lo que en definitiva supone ajustarlos al fin que se persigue con el contrato de que se trate. En el caso contrario (es decir criterios de solvencia desproporcionados), operaría el principio de proporcionalidad en orden a modularlos.

A.3.1) Clases de solvencia y su régimen jurídico.

“El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.”.

¹¹¹⁴ El artículo 54.1 TRLCSP, bajo la rúbrica de condiciones de aptitud, dice que: “Solo podrán contratar con el sector público..., y acrediten solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exila esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.”.

¹¹¹⁵ Artículo 62.1.in fine del TRLCSP, dice que: “Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en la Ley.”.

¹¹¹⁶ J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho...*, op., cit., pág. 326, dice que: “Sin embargo, es lo cierto que la misma especial naturaleza de algunos negocios jurídicos requiere, por su duración, complejidad, cuantía económica, etc, una especial aptitud en la persona. Aptitud que no puede ser circunstancial, sino estable y permanente. Hasta tal punto que, de no reunir determinadas condiciones de capacidad técnica no se puede asumir razonablemente ciertas obligaciones, el Derecho, para garantizar la seguridad de dichas relaciones jurídicas, debe exigir una capacidad jurídica especial en las personas que quieran contraerlas.”.

¹¹¹⁷ En este sentido, cabe señalar que el establecimiento de una solvencia desproporcionada afecta al principio de concurrencia, así lo ha señalado el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 32/2011, Recuso 14/2011, cuando dice que: “...La exigencia en el pliego de la acreditación de las normas de gestión ambiental, puede resultar desproporcionada afectando al principio de concurrencia...”. También la Resolución del mismo Tribunal 217/2012, de 3 de octubre de 2012, Recurso 203/2011, que señala que la desproporción es la falta de relación entre la exigencia y el pliego.

La solvencia que ha de acreditar el contratista del sector público es susceptible de clasificarse en dos tipos distintos: 1) la *solvencia económica y financiera*¹¹¹⁸; y 2) la *solvencia profesional o técnica*¹¹¹⁹. Como ya se ha señalado la solvencia es un mecanismo para garantizar la ejecución del contrato, el legislador entiende que para garantizar esa ejecución del contrato el contratista ha de disponer de recursos financieros suficientes para emprender la actividad de la que es objeto el contrato, y que debe disponer de unos medios técnicos y profesionales adecuados para cumplir con las obligaciones que se le imponen¹¹²⁰. Se puede decir que la solvencia constituye un mecanismo para la salvaguarda de los intereses generales¹¹²¹. En el análisis de la solvencia se puede apreciar que se han introducido novedades con respecto a la regulación anterior, estas novedades se pueden encuadrar en dos grandes grupos: el primero, que englobaría las novedades que introducen mejoras desde el punto de vista técnico-jurídico¹¹²²; y el segundo, en el que encuadraríamos a las novedades que pretenden aumentar la concurrencia a las licitaciones¹¹²³.

¹¹¹⁸ J.J. TORRES FERNÁNDEZ, *La Administración contratante y los contratistas de las Administraciones Públicas*, Revista Española de Control Externo, núm. 4, 2000, pág. 85, dice que: “Tener solvencia económica y financiera significa aptitud para contratar con referencia, primero, al presupuesto de licitación y, después, al de adjudicación del contrato.

¹¹¹⁹ Esta clasificación se extrae de la propia LCSP, de su artículo 51.1. , J.J. TORRES FERNÁNDEZ, *La Administración Española...*, op. cit. pág. 86, dice que: “Tener solvencia técnica o profesional supone reunir las condiciones exigidas para afrontar la ejecución del contrato atendidos su objeto, caracteres y especificaciones técnicas. La solvencia técnica o profesional mide la cualificación técnica del contratista para cumplir con el contrato.”.

¹¹²⁰ La solvencia como vimos supone un juicio a priori sobre la aptitud del contratista para poder garantizar la ejecución del contrato. Mediante la solvencia se da satisfacción al principio constitucional de eficacia (artículo 103.1 de la Constitución) en su acepción de celeridad y de economía procedimental; ya que si se nos permite el lenguaje coloquial, el ente del sector público que celebra el contrato, mediante este juicio a priori, evita adjudicar el contrato a un contratista que no tiene medios suficientes para asumir los compromisos que se derivan del mismo.

¹¹²¹ La salvaguarda de los intereses generales se consigue debido a que la acreditación del cumplimiento de los requisitos de solvencia, garantiza a idoneidad del contratista seleccionado. Evitando que un contratista pueda optar a la ejecución de un contrato del sector público, sin tener la más mínima posibilidad de llegar a realizar su objeto. Se puede considerar que el cumplimiento de los requisitos de solvencia constituye una especie de preselección.

¹¹²² Como ejemplo podemos citar el artículo 62.1 del TRLCSP, que impone la necesidad de que al establecerse los requisitos de solvencia se realice un juicio de valor.

¹¹²³ Un ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 63 del TRLCSP, que permite contar con medios ajenos para acreditar la solvencia.

Requisitos mínimos de solvencia: A los requisitos mínimos de solvencia dedica la Ley su artículo 62.2, que dice:

“2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.¹¹²⁴”.

Este precepto impone al ente del sector público que va a licitar el contrato, una obligación formal, consistente en indicar en el anuncio de licitación los requisitos mínimos de solvencia especificándolos en el pliego del contrato.

A la hora de fijar los requisitos de solvencia la Ley impone al órgano de contratación dos límites: el primero, que los requisitos estén vinculados con el objeto del contrato¹¹²⁵; y el segundo, que sean proporcionales con el objeto del mismo¹¹²⁶.

Integración de la solvencia con medios externos (artículo 63 del TRLCSP)¹¹²⁷: Este precepto introduce un elemento de flexibilidad a la hora de valorar la solvencia, permitiendo que aumente la concurrencia a las licitaciones. No es extraño en el mundo

¹¹²⁴ Este inciso constituye una novedad con respecto a la regulación que anterior. La solvencia constituye un elemento esencial para garantizar, o valorar, a priori la viabilidad del adjudicatario potencial para ejecutar el contrato. No obstante, la misma constituye un instrumento, que mal utilizado puede dar lugar a la restricción de la concurrencia, ya que una solvencia desproporcionada puede cerrar las puertas a la licitación a contratistas que tienen capacidad suficiente para hacerse cargo del contrato.

¹¹²⁵ Esta vinculación dependerá del tipo de contrato que se pretende celebrar, para lo cual habrá que tomar en consideración las prestaciones que se definen en el correspondiente contrato, relacionando los requisitos de solvencia con las mismas.

¹¹²⁶ El concepto de proporcionalidad tiene un carácter dinámico, concediendo al órgano de contratación, una discrecionalidad para valorar la proporcionalidad de los requisitos contrato por contrato. En el juicio de valor que se efectúe para fijar los requisitos de solvencia habrá que ponderar dos criterios, el primero la salvaguarda de los intereses generales, evitando que se presenten a la licitación contratistas que no tienen los medios necesarios para ejecutar el contrato que se pretende licitar; y segundo, la garantía de un principio esencial de la contratación pública que es el concurso, esto supone que si se establecen unos requisitos de solvencia demasiado restrictivos con los mismos se estaría restringiendo la concurrencia. Por lo tanto, la fijación de los requisitos de solvencia se ha de tener en cuenta los dos criterios indicados.

¹¹²⁷ Este precepto constituye una novedad con respecto a la regulación anterior, ya que permite acreditar la solvencia por medios externos. Se trata de una medida de doble filo, por un lado, sirve para aumentar la concurrencia y por lo tanto la competitividad; y por otro lado, al no establecerse límites específicos permite que cualquier empresa, haciendo uso de medios ajenos, se haga con un contrato para el que no tiene solvencia.

empresarial que los proyectos que aborden las empresas no se realicen únicamente con los recursos propios, sino que se haga uso de recursos de otras entidades¹¹²⁸; este precepto se hace eco de esa realidad permitiendo que se valoren a efectos de solvencia los recursos de otras entidades, imponiendo únicamente una condición suspensiva, consistente en que para que se produzca esta valoración el contratista debe demostrar que para la ejecución del contrato dispone de esos medios¹¹²⁹. Este sistema de acreditación de la solvencia ha sido recientemente interpretado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, señalando que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos¹¹³⁰.

Concreción de las condiciones de solvencia (artículo 64 TRLCSP)¹¹³¹: El artículo 64 del la TRLCSP señala que:

“1. En los contratos de servicios y de obras, así como en los de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.”¹¹³².

¹¹²⁸ La forma más normal del hacer uso de los recursos de otras empresas sería mediante la subcontratación. Esto viene a reconocer una realidad cotidiana en el mundo empresarial, que igual es más incipiente en la actualidad, ya que cada vez se produce una mayor especialización de las empresas que hace que determinadas tareas accesorias a su actividad principal se subcontrate.

¹¹²⁹ Por el indudable interés que tiene para explicar este punto del trabajo, pasamos a reproducir el artículo 63 del TRLCSP, que acabamos de comentar: “Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”.

¹¹³⁰ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 117/2012, de 23 de mayo de 2012.

¹¹³¹ Las previsiones de este precepto también constituye una novedad, que encuadramos dentro de las medidas para la mejora técnica de la exigencia de solvencia a los licitadores. Hay que recordar que la selección de los criterios de solvencia debe ser proporcionada, ya que la solvencia constituye una garantía previa de la buena ejecución del contrato; pero mal utilizada puede servir para excluir o limitar las licitaciones.

¹¹³² Sobre este precepto se presentó una enmienda de modificación por el Grupo Parlamentario de CIU en el Congreso de los Diputados, (enmienda núm. 224), que proponía la siguiente redacción del precepto: “1. En los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación o instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres, la cualificación profesional y la experiencia en trabajos iguales o similares al objeto del contrato del personal responsable de ejecutar la prestación.”; se justificaba la enmienda,

Este artículo añade una medida de racionalidad al permitir que en los contratos de obras, servicios o suministros que tienen un cierto componente *intuii personae*¹¹³³, el órgano de contratación pueda exigir que se acredite los nombres y cualificación de los profesionales que van a ejecutar el contrato¹¹³⁴.

Otra novedad significativa, es la que se contiene en el artículo 64.2 del TRLCSP, que establece la posibilidad de exigir al contratista que se comprometa a dedicar a la ejecución del contrato unos medios personales y materiales suficientes para la ejecución del mismo¹¹³⁵.

Esta previsión del artículo 64.2 del TRLCSP es realmente novedosa, ya que trasciende el ámbito de la solvencia y de la clasificación¹¹³⁶, imponiendo al contratista, antes de resultar adjudicatario, un compromiso de adscribir para la ejecución del contrato determinados medios personales y materiales. Así dispone el artículo 64.2 del TRLCSP:

“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo

en la necesidad de acreditar sobradamente la solvencia técnica para la ejecución de dichos contratos. Finalmente, no fue aceptada.

¹¹³³ Este componente venía determinado por el hecho de que el contratista debe tener una determinada titulación o cualificación profesional para ejecutar el contrato; no puede concertarse con cualquiera. Se produce, por lo tanto, una modulación *intuitus personae*, que vincula la ejecución a un determinado colectivo, que posee una titulación que le habilita para ello.

¹¹³⁴ Debemos tomar nota de esta medida ya que dentro de las prestaciones del contrato de servicios hay un grupo en las que prima el componente intelectual, pudiendo tener un carácter *intuitus personae*.

¹¹³⁵ Esta exigencia se puede fijar tanto en los casos en los que el contratista tiene que acreditar solvencia, como en los que conforme a la Ley debe encontrarse clasificado. Este compromiso de adscripción de medios, se ha convertido en una especie de fórmula genérica que se solapa con la solvencia, y que quizás tenga poco sentido, ya que el pliego constituye un compromiso de adscripción en sí mismo, es indudable que el adjudicatario deberá aportar los medios que se señalan en el contrato, en el caso contrario, se podrá imponer una penalidad.

¹¹³⁶ Recordemos que venimos manteniendo que la solvencia y la clasificación, suponen un enjuiciamiento a priori de la idoneidad del contratista para celebrar el contrato. Se trata de un control preventivo. El ordenamiento jurídico desea valorar a priori la capacidad del contratista para realizar un proyecto análogo al que constituye el objeto del presente contrato. La complejidad y el volumen de los contratos administrativos, aconsejan hacer uso de estos sistemas.

los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.¹¹³⁷”.

Si antes se enfatizó el carácter novedoso de esta previsión contenida en el TRLCSP, ahora se debe matizar puesto que en la normativa anterior no se contenía ninguna previsión en este sentido; no obstante y en base al principio de libertad de pactos¹¹³⁸ en los contratos, si que era posible que se establecieran obligaciones análogas a la comentada, por lo que en base a lo señalado la novedad comentada debe relativizarse. Contribuye también a la relativización de este precepto el hecho de que actualmente el artículo 25 del TRLCSP¹¹³⁹ contiene la misma previsión con respecto a la libertad de pactos en los contratos del sector público, cuestionando la necesidad de incluir la previsión que estamos comentando en el artículo 64.2 del TRLCSP.

Como cierre al comentario de este precepto del TRLCSP es preciso señalar que, a mi juicio, y en base a todo lo expuesto el artículo 64.2 supone una especie de recordatorio que se hace a los órganos de contratación, para que sepan que pueden incluir esta previsión en los contratos que tengan previsto concertar.

A.3.2) *La clasificación y su régimen jurídico.*

¹¹³⁷ Sobre esta posibilidad merece la pena aludir a lo que sobre esta posibilidad dice el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, evacuado por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de noviembre de 2005, señala: “Además de la clasificación podrán exigirse una acreditación adicional de la solvencia: el hecho de que la empresa esté clasificada permite establecer un filtro previo para el análisis de la solvencia de las empresas, pero puede no ser siempre suficiente. El sistema de clasificación no debe impedir que el órgano de contratación exija a la empresa, como criterio de solvencia y para tener conocimiento y seguridad de que dispone de ellos, que acredite los medios (financieros y técnicos) y la experiencia necesaria para ejecutar la obra, dato que se ignora en el certificado de clasificación que es consecuencia de un acuerdo adoptado por quien la otorga, pero que no informa de los medios que le expuso y de su existencia al momento de la licitación. Por ello se considera conveniente exigirle la acreditación de los medios que considera necesarios para ejecutar el contrato.”.

¹¹³⁸ Así el artículo 4 del TRLCAP, decía que: “La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento Jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella.”.

¹¹³⁹ El artículo 25.1 del TRLCSP, dice que: “1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”.

Como ya ha quedado apuntado al inicio de esta exposición la clasificación sustituye a la necesidad de acreditar la solvencia cuando así lo dispone la Ley¹¹⁴⁰. La necesidad de clasificación de las empresas en el derecho español, es un requisito que goza de una tradición histórica dilatada en nuestro país¹¹⁴¹. Si cuando se hablaba de la acreditación de la solvencia, se hacía un análisis individualizado para el contrato al que el contratista pretende optar. Mediante la clasificación se hace un análisis de los medios con los que cuenta el contratista con carácter permanente, determinándose de manera genérica los distintos tipos de contrato a los que el mismo puede optar¹¹⁴².

El comienzo de la exposición del régimen jurídico de la clasificación de los contratistas se hará advirtiéndolo que a mi entender constituye una de las principales novedades de la Ley, en lo que atañe al contrato de servicios. La misma consiste en que se ha ampliado¹¹⁴³ el

¹¹⁴⁰ Ver artículo 62.1.in fine del TRLCSP.

¹¹⁴¹ Sobre la clasificación los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, en *Curso de derecho...*, op. cit. pág. 701, dicen que: “Mención especial merece el requisito de la clasificación del artículo 20.k, que fue introducido en nuestro Derecho por la anterior Ley de contratos del Estado de 1965 siguiendo el modelo de los Derechos belga e italiano y que tiende a asegurar previamente, mediante el examen individualizado por el Ministerio de Economía y Hacienda de cada contratista o empresa, la aptitud o capacidad técnica necesaria para hacer frente a la ejecución de obras o de trabajos de consultoría y asistencia de cierto volumen que no es posible llevar adelante razonablemente si se carece de los medios personales, materiales y técnicos precisos. Se trata pues, de un verdadero requisito de capacidad, aunque especial, pues la Ley presume fundamentalmente que quien carece de esta aptitud está impedido de llevar a buen término el contrato como lo estaría una persona en la que no concurren los requisitos generales de capacidad.”. También J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho...*, op., cit., pág. 327, dice que: “Ya nuestros primeros tratadistas de la materia contractual apuntaban a esta posibilidad cuando dicen que “la Administración no sólo debe excluir de la licitación o del contrato que con ella se celebra a las personas que por derecho común carecen de capacidad, sino que puede y debe excluir a los que por razones de distinta índole le inspiran la creencia de que no han de cumplir fielmente las obligaciones que estipulen.”.

¹¹⁴² J.L. VILLAR PALASÍ. *Apuntes de derecho...*, op., cit., pág. 327, dice que: “La clasificación previa viene a ser así para las empresas como la mayoría de edad para las personas, que hace a éstas capaces para todos los actos de la vida civil (artículo 320 del Código civil). Aquella hace a las empresas capaces para todos los contratos administrativos de obras y servicios públicos; con otras palabras, les confiere plena capacidad de obrar administrativamente, en el terreno contractual, adecuada a la magnitud e importancia de cada empresa....Ahora bien esta autorización especial no es uniforme, sino gradual, poniendo en relación su capacidad técnica y financiera y demás características de la empresa con las diversas categorías de contratos a cuya adjudicación puede optar, según el objeto y cuantía de los mismos y el total volumen de obra que puedan concertar para su simultánea ejecución.”.

¹¹⁴³ Como consecuencia de la ampliación de la exigencia de clasificación a determinados contratos, por medio de la LCSP, principalmente los que se englobaban dentro de la antigua categoría de contratos de consultoría y asistencia, se ha producido una situación no prevista por el legislador, cual es que esos nuevos tipos adolecen de clasificación reglamentaria, lo que en la práctica implica anular la previsión contenida en la Ley de Contratos, o más bien la misma se encontraría en suspenso. Esta cuestión, ya ha sido tratada por el Tribunal

ámbito de los contratos que están sometidos a clasificación con el TRLCSP¹¹⁴⁴, así mientras que el artículo 25 del TRLCP imponía la obligación de clasificación para los contratos de servicios cuya cuantía sea igual o superior a los 120.202, 42 euros, ahora el TRLCSP la impone para los contratos de servicios que superen o igualen los 120.000 euros; si bien hay que tener en cuenta que la LCSP ha refundido en el tipo contrato de servicios a los antiguos contratos de consultoría y asistencia para cuyas prestaciones ahora sí que se exige clasificación¹¹⁴⁵.

La sistemática expositiva de la necesidad de clasificación consistirá en distinguir, entre supuestos en los que es necesaria la clasificación, y supuestos en los que no es necesaria, finalizando con el análisis de su régimen jurídico.

Supuestos en los que es necesario la clasificación:

- 1) Para los contratos de obras de cuantía igual o superior, a los 350.000 euros. El análisis de este supuesto excede a los objetivos del trabajo¹¹⁴⁶.
- 2) Se exige para los contratos de servicios cuyo presupuesto sea igual o superior a los 120.000 euros. (Artículo 65.1 TRLCSP).
- 3) Si se exigió clasificación al cedente también se le debe exigir al cesionario. (artículo 65.2 TRLCSP).

Central de Recursos Contractuales, en su Recurso 160/2012, Resolución 178/2012, de 30 de agosto de 2012: “Los contratos para los que la legislación anterior no exigía clasificación por no calificarlos como de servicios, sigue sin ser exigible entre tanto se dicten las nuevas normas de clasificación.”.

¹¹⁴⁴ Así lo reconoce expresamente el informe que acompaña al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha de 2 de noviembre de 2005, en cuya pág. 19 dice, en relación con la clasificación: “Se amplía la exigencia de clasificación a determinadas categorías de contratistas de servicios no sujetos a esta obligación en la legislación vigente.”.

¹¹⁴⁵ Podemos hablar por lo tanto de una ampliación del ámbito objetivo de la clasificación para los contratos de servicios. La ampliación o el aumento del ámbito de la clasificación, constituye una garantía de homogeneidad y de igualdad en el acceso a los contratos administrativos, ya que la solvencia constituye en sí misma un sistema heterogéneo que da lugar a resultados diversos. El motivo de lo anterior, es que el legislador (ni nacional, ni comunitario) no establece unos parámetros en los que debe moverse la aplicación de estos criterios, dejándolo en manos de los órganos de contratación.

¹¹⁴⁶ La principal novedad con respecto a los contratos de obras consiste en que se ha aumentado la cuantía a partir de la cual se exige la clasificación, antes 120.202, 42 euros, ahora 350.000 euros.

- 4) Cuando así se acuerde por Real Decreto del Consejo de Ministros, para determinadas categorías de contratos de obras y de servicios, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos. (artículo 65.3 TRLCSP).
- 5) Finalmente se debe señalar que la necesidad de acreditar la solvencia es una obligación que se impone a todos los contratistas del sector público¹¹⁴⁷, mientras que la obligación de estar clasificado, en principio, la Ley la impone a los contratos celebrados con la Administración¹¹⁴⁸; permitiendo al resto de entidades del sector público, que no tengan la condición de Administración Pública, exigir una determinada clasificación a los contratistas para acreditar la solvencia¹¹⁴⁹.

Supuestos en los que no se exige clasificación: En todos estos supuestos en los que no se exige clasificación, será necesario que opere la solvencia¹¹⁵⁰. Son los siguientes:

- 1) Los servicios incluidos en las categorías 6¹¹⁵¹, 8¹¹⁵², 21¹¹⁵³, 26¹¹⁵⁴ y 27¹¹⁵⁵ del anexo II. Esta previsión sirve como contrapeso a la ampliación del ámbito objetivo de la

¹¹⁴⁷ Así lo dispone el artículo 62.1 del TRLCSP, cuando dice que: “Para celebrar contratos con el sector público...”.

¹¹⁴⁸ El artículo 65.1 del TRLCSP dice: “Para contratar con las Administraciones Públicas...”.

¹¹⁴⁹ Debe hacerse notar la diferencia, mientras en el caso de las Administraciones Públicas, no hay opción posible para excepcionar la clasificación; cuando el que contrata es otro ente integrante del sector público la exigencia de clasificación tiene carácter potestativo.

¹¹⁵⁰ Por lo tanto en estos supuestos excepcionales el contratista no tendrá que acreditar la clasificación, pero si que deberá acreditar su solvencia. Manteniéndose intacto el sistema de garantías que la solvencia y la clasificación implican. La solvencia y la clasificación se muestran, de este modo, como dos técnicas jurídicas complementarias, entrando en juego una cuando no se exige la otra.

¹¹⁵¹ La categoría 6 (exclusión que ya contemplaba la norma anterior) abarca Servicios financieros: a) servicios de seguros. b) servicios bancarios y de desarrollo.

¹¹⁵² La categoría 8 del anexo II abarca servicios de investigación y desarrollo, prestaciones en las que como sabemos prima el componente intelectual; y conforme a los criterios que ofrecía la legislación anterior deberían ser calificadas como contratos de consultoría y asistencia al amparo del TRLCAP.

¹¹⁵³ La categoría 21 del anexo II comprende los servicios jurídicos, es preciso hacer notar que ya eran excluidos por la normativa anterior.

¹¹⁵⁴ La categoría 26 del anexo II comprende los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, en muchos de estos servicios prima el componente intelectual.

¹¹⁵⁵ La categoría 27 del anexo II abarca otros servicios.

clasificación que ha operado el TRLCSP¹¹⁵⁶, motivada por la refundición del contrato de consultoría y asistencia dentro del de servicios, ya que se han aumentado los supuestos excepcionados con respecto a los que había en la regulación anterior¹¹⁵⁷. (Artículo 65 TRLCSP).

- 2) Supuesto comprendido en el artículo 65.1.2º del TRLCSP, que dice que:

“ En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en el caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato.”.

Este precepto contiene una novedad con respecto a la regulación anterior, esta novedad la incluiríamos dentro de las que ha introducido la nueva Ley para fomentar la concurrencia, ya que con esta previsión lo que se está haciendo es aumentar las posibilidades de concurrencia a las licitaciones.

- 3) Cuando se exceptúe por Real Decreto, para determinados tipos de contratos de obras y de servicios. (Artículo 65.3 TRLCSP).
- 4) Cuando no concurra ninguna empresa clasificada a la adjudicación, el órgano de contratación puede excepcionar la clasificación para el siguiente procedimiento. (Artículo 65.4 TRLCSP¹¹⁵⁸).

¹¹⁵⁶ El contrapeso proviene de la circunstancia de que en buena parte de las categorías que se excluyen de la LCSP, prima el componente intelectual.

¹¹⁵⁷ Antes el artículo 25 del TRLCAP excluía únicamente a los servicios incluidos en las categorías 6 y 21 del anexo II que acompañaba al Texto Refundido.

¹¹⁵⁸ Por el interés que tiene se pasamos a reproducir el artículo 65.4 del TRLCSP, que dice que: “ Cuando no haya concurrido ninguna empresa clasificada en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación podrá excluir la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, precisando en el pliego de cláusulas y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 75, 76 y 78.”.

-
- 5) No se exige clasificación a los empresarios no españoles de los Estados miembros de la Unión Europea, si bien estos deberán acreditar la solvencia. (artículo 66.1 TRLCSP).
 - 6) Cuando excepcionalmente¹¹⁵⁹, lo autorice el Consejo de Ministros¹¹⁶⁰ o el órgano competente de la Comunidad Autónoma; la autorización debe fundamentarse en que conviene a los intereses públicos. (artículo 66.2 TRLCSP).

Régimen jurídico de la clasificación: Este régimen se debe buscar en los artículos 65 y sig. del TRLCSP.

El artículo 67, bajo la rúbrica “criterios aplicables y condiciones para la clasificación”, dice que:

“1. La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a lo establecido en los artículos 75, 76 y 77, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía¹¹⁶¹.

La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

¹¹⁵⁹ Sobre la posibilidad de excepcionar la clasificación, J.A. SANTÍAS VIADA, *La junta consultiva de contratación administrativa*,..., op. cit. pág. 225. Dice que en numerosas ocasiones ha insistido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el carácter excepcional del supuesto y en que el mismo no puede considerarse como un sistema alternativo al de la clasificación. Cita los informes de la JCCA 28/92, y 24/01.

¹¹⁶⁰ En el caso del Consejo de Ministros es necesario un informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En este supuesto la decisión excepcional se ve apoyada por una consulta a un órgano especializado en la materia.

¹¹⁶¹ Sobre este precepto se presentó una enmienda (la número 5) por el grupo parlamentario del Congreso Coalición Canaria, que proponía la supresión del inciso “y de su cuantía”, y el de “... y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía.”; se justificaba en que no parecía a este grupo adecuado que la clasificación esté en función de la cuantía excepto en algunos casos muy especiales y relacionados con obras de especial complejidad.”.

2. Para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite su personalidad y capacidad de obrar, así como que se encuentra legalmente habilitado¹¹⁶² para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios, y que no está incurso en prohibiciones de contratar¹¹⁶³.

3. En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 70.2, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

4. Se denegará la clasificación de aquellas empresas de las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por una prohibición de contratar.

5. A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados en el caso del artículo 59, se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea en el apartado 4 del artículo 59.”.

¹¹⁶² Sobre este precepto se presentó una enmienda (la número 6) por el grupo parlamentario del Congreso Coalición Canaria, en la que proponía añadir después de “legalmente habilitado”, “legalmente habilitado por disponer de medios propios o ajenos”; se justificaba diciendo que. “En materia de clasificación constituye práctica habitual y de uso frecuente en la actualidad, el que la habilitación empresarial para ejercer actividades determinadas que la requieran, se pueda acreditar tanto por tener plena y total disponibilidad de medios de algún tercer empresario que ya cuente con tal habilitación empresarial. No se ha acreditado hasta la fecha ninguna circunstancia que haya puesto en entredicho dicha posibilidad de obtener a clasificación que, sin embargo, sí resulta beneficiosa para el interés general pues hace innecesario que todas las empresas dispongan en su nómina de trabajadores por cuenta ajena, de electricistas, calefactores, etc., que tan sólo emplean ocasionalmente y que, en otro caso, impedirían la optimización de costes empresariales, con el consiguiente traslado del mayor gasto a la Administración en los importes de las ofertas que se presentan en las licitaciones.”.

¹¹⁶³ Sobre este precepto se presentó una enmienda (la número 7) por el grupo parlamentario del Congreso Coalición Canaria, por medio de la cual proponía la adición de un segundo párrafo que tenía el siguiente tenor literal: “ También podrá acreditarse su capacidad de obrar si se presentase carta de colaboración con una empresa que esté legalmente habilitada para realizar la correspondiente actividad en las mismas condiciones del párrafo anterior.”; se justificaba en que es razonable que una empresa pueda presentar carta de colaboración de otra empresa que esté legalmente habilitada para realizar la correspondiente actividad, ya que será esta última la que desarrolle el trabajo.

El artículo 68 del TRLCSP que lleva por rúbrica “Competencia para la clasificación”, dice:

“ 1. Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a través de Comisiones Clasificadoras que, por delegación permanente de aquélla, entenderán en cuantos expedientes afecten a esta materias. Estos acuerdos podrán ser objeto de recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda.

2. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre la clasificación de las empresas que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que los haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y de otras. En la adopción de estos acuerdos, deberán respetarse, en todo caso, las reglas y criterios establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo.”¹¹⁶⁴.

El artículo 69 del TRLCSP está dedicado a la inscripción registral de la clasificación, y dispone:

“Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado.”.

El artículo 70 del TRLCSP¹¹⁶⁵ está dedicado a la vigencia y revisión de las clasificaciones, dice que:

“1. La clasificación de las empresas tendrá una vigencia indefinida en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión.

2. No obstante, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado 3 de este artículo y en el artículo siguiente, para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia

¹¹⁶⁴ Sobre este precepto se introdujo una enmienda (la número 30) del grupo parlamentario del Congreso EAJ-PNV, que proponía una distinta redacción de los dos apartados del precepto, la misma tenía por objeto que los acuerdos que adoptaran las Comunidades Autónomas, tuvieran eficacia general para todos los órganos de contratación. La enmienda se justificaba en el hecho de que todos los órganos clasificatorios aplicaban los mismos criterios de clasificación.

¹¹⁶⁵ Sobre lo que representa el hecho de que la clasificación de las empresas tenga una vigencia indefinida, cabe aludir al Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 5 de noviembre de 2005, que dice que: “Su duración se hace indefinida, aunque queda condicionada a justificaciones anuales del mantenimiento de la solvencia económica y financiera, trienales del mantenimiento de la solvencia técnica y profesional. Teniendo en cuenta la sencillez de la justificación de la solvencia económica y financiera, la ampliación del plazo de justificación de la solvencia técnica y profesional (que exige un aporte documental de mayor complejidad) supondrá un alivio cierto de cargas formales que pesan sobre los contratistas.”.

técnica y profesional, a cuyo efecto el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente.

3. La clasificación será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla.

4. En todo caso, el empresario está obligado a poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma. La omisión de esta comunicación hará incurrir al empresario en la prohibición de contratar prevista en la letra e) del apartado 1 del artículo 60.¹¹⁶⁶.

Finalmente, el artículo 71 del TRLSCP está dedicado a la comprobación de los requisitos de clasificación, diciendo:

“Los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos.”¹¹⁶⁷.

A.2.3) Acreditación de la solvencia, clasificación y otros requisitos.

Si durante los apartados anteriores se ha realizado un análisis de la solvencia y clasificación de las empresas, en el presente se analizarán las formas en las que el contratista puede acreditar su capacidad para licitar a un determinado contrato.

A.2.3.1) Acreditación de la solvencia.

¹¹⁶⁶ El grupo parlamentario del Congreso Coalición Canaria, introdujo una enmienda (la número 8), proponiendo la supresión de este apartado, la enmienda se justificaba de la siguiente manera: “ El apartado expresado además de imponer la obligación de comunicar, al órgano competente de la Administración, cualquier variación en sus circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederle la clasificación, prevé la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento de dicha obligación, en concreto su incursión en prohibición de contratar. Sin embargo, el artículo 24 de la Constitución Española establece, entre los derechos fundamentales de todas las personas, el de “no declarar contra sí mismos. Vulnerándose la constitución”.

¹¹⁶⁷ Este precepto supone una habilitación, para los órganos competentes, de poder comprobar los requisitos de clasificación de las empresas en cualquier momento. El mismo constituye un ejemplo de la labor de policía de la Administración.

Con respecto a las formas de acreditar la solvencia, la Ley ha introducido novedades tendentes a la flexibilización de este requisito. Lo primero, que se debe señalar es que los medios de solvencia que ha de aportar el contratista los debe indicar el órgano de contratación¹¹⁶⁸, eligiendo de entre los indicados en la Ley. Una novedad significativa en esta materia, tendente a simplificar la documentación que ha de presentar el empresario, es la que permite sustituir la solvencia por la clasificación, cuando este último requisito no sea exigido para concurrir al contrato de que se trate¹¹⁶⁹, esta medida parece digna de aplauso ya que por medio de la misma se le concede un valor añadido a la clasificación que obtiene el contratista, que ahora le permite presentarse a contratos para los cuales ha de estar clasificado y le sirve como sistema de acreditación de la solvencia para otros¹¹⁷⁰. Finalmente, cuando quien contrate sea un ente del sector público que no tenga la naturaleza de Administración Pública, se admite la posibilidad de pedir otros medios de prueba distintos a los previstos en la Ley cuando el contrato no esté sometido a regulación armonizada¹¹⁷¹. Una medida como esta última merece una reprobación puesto la misma atenta contra los fines propios de la Ley¹¹⁷²; ya que con una previsión como esta se permite a los entes del sector público que no son Administración Pública, flexibilizar o cuasi eludir los requisitos de solvencia. Además si el legislador ha realizado un esfuerzo por establecer criterios de solvencia adecuados, no parece lógico que los mismos puedan ser despreciados por el simple hecho de que un ente del sector público no tenga la naturaleza jurídica de

¹¹⁶⁸ El artículo 74.1 del TRLCSP, dice que: “1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68.”.

¹¹⁶⁹ El artículo 74.2 del TRLCSP, dice que: “2. La clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo que aquéllos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma.”.

¹¹⁷⁰ No debemos olvidarnos que la clasificación y la acreditación de la solvencia tienen la misma finalidad, que consiste en que son instrumentos que permite comprobar a priori la idoneidad del contratista para ejecutar el contrato que se trate.

¹¹⁷¹ El artículo 74.3 del TRLCSP, dice que: “ Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 75 a 79 para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.”.

¹¹⁷² Según proclama la Exposición de Motivos de la Ley, la misma ha optado por un planteamiento de reforma global, tratando de regular toda la contratación del sector público.

Administración Pública. Parece incongruente que los mecanismos de acreditación de solvencia sean tasados y rigurosos para unos entes integrantes del Sector Público, y casi inexistentes para otros que forman parte del mismo sector.

Solvencia financiera: La solvencia financiera tiene como finalidad acreditar que el empresario dispone de recursos económicos suficientes para abordar la ejecución del contrato de que se trate. La forma de acreditar esta solvencia, aparece en el artículo 75 del TRLCSP, que dice que:

“1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.
- c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación.”.

Solvencia técnica o profesional en el contrato de servicios: Este tipo de solvencia tiene como finalidad acreditar que el contratista es capaz de afrontar la prestación objeto del contrato, acreditando que dispone de los medios necesarios para garantizar su ejecución. Su régimen hay que buscarlo en el artículo 78 del TRLCSP, que dice que:

“ En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por

el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

e) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.”.

C.3.2) Acreditación de la clasificación.

La exposición de las formas de acreditación de la clasificación se hará diferenciando entre certificados de clasificación expedidos por órganos nacionales y los expedidos por órganos comunitarios.

Certificados expedidos por órganos nacionales: A ellos se dedica el artículo 83 del TRLCSP, que dice:

“ 1. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y

capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.

2. La prueba del contenido de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas se efectuará mediante certificación del órgano encargado del mismo, que podrá expedirse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.”.

Por lo que respecta a los certificados comunitarios de clasificación, hay que estar a lo establecido en el artículo 84 del TRLCSP, que dispone que:

“ 1. Los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea sientan una presunción de aptitud de los empresarios incluidos en ellas frente a los diferentes órganos de contratación en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a) a c) y e) del apartado 1 del artículo 60 y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar y habilitación profesional exigidas por el artículo 54, y las condiciones de solvencia a que se refieren las letras b) y c) del artículo 75, las letras a), b), e) g) y h) del artículo 76, el artículo 77, y las letras a) y c) a i) del artículo 78. Igual valor presuntivo surtirán las certificaciones emitidas por organismos que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del estado miembro en que esté establecido el empresario.

2. Los documentos a que se refiere el apartado anterior deberán indicar las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como la clasificación obtenida. Estas menciones deberán también incluirse en los certificados que expidan los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas a efectos de la contratación en el ámbito de la Unión Europea.”.

A.3.3) *Otros requisitos:*

Bajo este epígrafe pretendemos englobar otros requisitos que se pueden exigir para celebrar el contrato.

Acreditación del cumplimiento de las normas de calidad: Esta exigencia tiene su fundamento en las disposiciones del derecho comunitario¹¹⁷³, y resultan de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada. El artículo 80 de la Ley dice:

“1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.”.

*Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión ambiental*¹¹⁷⁴: Esta previsión también ha sido importada del derecho comunitario¹¹⁷⁵. En este sentido, el artículo 81 del TRLCSP, dice que:

“ 1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental, se remitirán al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembros de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.”.

¹¹⁷³ Ver artículo 49 de la Directiva 2004/18/CE.

¹¹⁷⁴ Sobre esta acreditación el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha señalado en su Resolución 32/2011 Recurso 14/2011, que en determinados supuestos: “La exigencia en el pliego de la acreditación de las normas de gestión ambiental, puede resultar desproporcionada afectando al principio de concurrencia, en el caso de que lo sea, siendo nulas.”.

¹¹⁷⁵ Ver artículo 49 de la Directiva 2004/18/CE.

Documentación e información complementaria: El artículo 82 del TRLCSP ofrece una doble posibilidad al órgano de contratación o al órgano auxiliar, que es la posibilidad de que pueda exigir aclaraciones sobre los certificados presentados, o requerirle la presentación de documentos complementarios¹¹⁷⁶.

A.2.4) Diferencias entra solvencia y clasificación:

Hasta el momento se ha realizado un análisis minucioso de la solvencia y de la clasificación de las empresas. El mismo permite abordar ahora la diferenciación entre las dos figuras.

La primera cuestión que llama la atención, es que la solvencia, y en particular, los medios a través de las cuales se acredita se exigen por el órgano de contratación, realizando un juicio ponderado entre la garantía del interés público y el respeto al principio de concurrencia. Mientras que la clasificación, presenta un régimen más riguroso y tasado, es la propia normativa la que establece en función del tipo de contrato cuáles son los criterios de clasificación extrayendo de la potestad del órgano de contratación su apreciación. El fundamento de esta diferencia se debe buscar en las razones de interés público que informan a la contratación del sector público, así el legislador considera que en los contratos que exceden de unas cuantías determinadas, poseen una importancia que hace que la comprobación de la circunstancia de que el contratista puede contratar no debe dejarse en manos del órgano de contratación sino en manos de un órgano especializado en la materia.

La segunda diferencia, entre la solvencia y la clasificación, es que esta última tiene un ámbito más amplio que la primera. Así mediante la clasificación se acreditan las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones para contratar.

¹¹⁷⁶ Este precepto merece una aclaración, la misma se fundamenta en el hecho de que el requerimiento al que alude, hace referencia a la documentación que se exige para acreditar la solvencia y la clasificación. Para mejor comprender esta afirmación conviene reproducir el artículo 82 TRLCSP, que dice: “El órgano de contratación o el órgano auxiliar podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios.”.

A.4) *Prohibiciones para contratar con el sector público*¹¹⁷⁷.

El análisis de las prohibiciones para contratar con el sector público puede sistematizarse diferenciando entre, las prohibiciones para contratar con el sector público; y las prohibiciones para contratar con la Administración Pública¹¹⁷⁸. Entre las novedades que afectan a las prohibiciones para contratar con la Administración Pública, se puede destacar que se ha depurado la regulación de las mismas, eliminando determinados supuestos que constituían ausencia de condiciones de capacidad¹¹⁷⁹.

Para completar la presente introducción acerca del tema de las prohibiciones para contratar con el sector público, se debe decir que las mismas se establecen por razones de honorabilidad, o dignidad, o si se prefiere de moralidad. El derecho es una ciencia social, que valora y enjuicia los comportamientos de los sujetos, en el caso de las prohibiciones para contratar el legislador considera conveniente que determinadas personas que han realizado ciertos comportamientos, por las razones de fondo apuntadas no puedan contratar con el Sector Público¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁷ J. BERMEJO VERA, Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág.112, dice que: “Desde el punto de vista conceptual, las prohibiciones de contratar se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas en el sistema de contratación pública.”.

¹¹⁷⁸ Clasificación que se infiere del artículo 60, apartados 1 y 2 de la del TRLCSP.

¹¹⁷⁹ Informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 2 de noviembre de 2005, dice sobre las prohibiciones para contratar que: “Se ha depurado la regulación de las mismas, eliminando determinados supuestos que no eran sino casos de ausencia de otras condiciones de capacidad (por ejemplo, letras h), i) y k) del artículo 20 LCAP) y que, por tanto, eran redundantes.

¹¹⁸⁰ J. BERMEJO VERA, Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público, op. cit., pág. 115, dice que: “En definitiva, la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas desde diversos puntos de vista, formen parte del sistema de contratación pública y, en concreto, accedan a la condición de contratista en relación con algún ente público. Pero, la finalidad esencial de las prohibiciones de contratar es asegurar la realización del contrato por sujetos intachables desde diversos puntos de vista, o sea “honorables”.”.

Prohibiciones para contratar con el sector público: Aparecen reguladas en el artículo 60.1¹¹⁸¹ del TRLCSP, y son:

- a) Haber sido condenadas, mediante sentencia firme, por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo¹¹⁸².
- b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarada insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.
- c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional¹¹⁸³ o en materia de integración laboral y

¹¹⁸¹ En este precepto, el grupo parlamentario en el Congreso de Esquerra Republicana (ERC), propuso que en este apartado se introdujera una nueva prohibición (enmienda 307), que debería tener el siguiente tenor literal: “ xx) No cumplir con los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”, la justificación era: Que se considera necesaria, en primer lugar por justicia y porque el Estado español ha refrendado estos Convenios y es lógico que los exija a sus empresas suministradoras. Y en segundo lugar, porque la no aceptación de estos criterios podría favorecer a empresas extranjeras en detrimento de las propias que están obligadas a cumplirlos.

¹¹⁸² L. MOREL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 140, dice que: “en el orden punitivo del Estado, las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito; y, por ello, tampoco de responsabilidad penal.”.

¹¹⁸³ L. MORELL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 146, señala que: “Más difícil de determinar son las figuras delictivas relativas a la disciplina de mercado. La noción de disciplina de mercado es bastante amplia.”. pág. 150, dice que: “La solvencia económica y financiera cuenta también, en la Ley, con una determinación negativa: se prohíbe la contratación con quienes estén en alguna de estas situaciones.” Ypág.

de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación¹¹⁸⁴.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen¹¹⁸⁵.

147, dice en relación con este supuesto que: “La LCAP tipifica este supuesto como residual. La materia profesional constituye una expresión legal que remite al ámbito en que la empresa se mueve. La cuestión radica en el modo de apreciar cualquier otra infracción grave que la empresa haya cometido, si se refiere a un sector diferente sobre el que la empresa proyecte su giro o tráfico. Si los hechos se miran desde el ángulo de la credibilidad o la honorabilidad de la Empresa, la conclusión sería la de tener en cuenta dicha infracción en el campo de la contratación administrativa. Sin embargo, creemos que sólo ha de tenerse en cuenta la infracción grave cuando vaya referida al sector considerado.”.

¹¹⁸⁴ La inclusión de la infracción de las normas ambientales como causa de prohibición para contratar con la Administración constituye una novedad con respecto a la regulación anterior, el antecedente más próximo de una medida como esta lo podemos encontrar en el Libro Verde sobre la Contratación Pública de 1996; el mismo concibe a la contratación pública con un carácter transversal permitiendo incidir con la misma en ámbitos como los sociales y medioambientales (ver considerando 1) de la Directiva 2004/18/CE.). También esta medida encuentra apoyo en nuestro propio texto constitucional, en concreto en el artículo 45, que impone a los poderes públicos la obligación de velar por el medioambiente. Parece lógico que como medida de fomento del cumplimiento de las normas medioambientales, la Administración decida no contratar con aquéllos que las incumplan.

¹¹⁸⁵ Sobre la redacción de esta causa de prohibición, se presentaron tras enmiendas por el Partido Popular (enmienda núm. 54), por CIU (enmienda 221); y por ERC (enmienda 308); proponían que se incluyera como causa de prohibición para contratar con el sector público, el incumplimiento de las obligaciones de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional, impuestas por las disposiciones vigentes. Se justifica en que el artículo 49 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a realizar una política de integración de las personas con discapacidad.

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración de responsable a que se refiere el artículo 130.1.c o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia¹¹⁸⁶, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 59.4 y en el artículo 305.

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma¹¹⁸⁷.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electivos al servicio de las mismas.

¹¹⁸⁶ El Grupo Parlamentario del Congreso, Coalición Canaria Nueva Canarias, propuso suprimir el inciso "... o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad de solvencia." (Enmienda núm. 2), se justificaba señalando que: "Se plantea una doble sanción no tipificada y de absoluta desproporción, que bien pudiera ocasionar a las empresas que se les prohíba el acceso a la contratación del Sector Público consecuencias irreparables como su disolución."

¹¹⁸⁷ La STS de 2 de junio de 1978, dice que: "El establecimiento de unas incompatibilidades en los funcionarios pretende asegurar la eficacia de aquéllos, y su imparcialidad, pero al mismo tiempo, la incompatibilidad tiene la finalidad de asegurar un determinado nivel de ética profesional, revistiendo al funcionario de un halo de prestigio y decoro que lleve confianza a los administrados.". También la STC 77/1985, de 27 de junio, que señala: "En cuanto al apartado a) del artículo 21 núm. 2 del proyecto que prohíbe ser titulares de centros privados a las personas que presten servicios en la Administración educativa estatal, autonómica o local, resulta suficientemente fundado en el principio de neutralidad de la Administración recogido en el artículo 103.1 CE a tenor del cual "la Administración sirve con objetividad los intereses generales". Dentro de esta previsión se incluye el mandato de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión de intereses particulares o intereses generales, y el artículo impugnado es una clara aplicación de tal mandato, estableciendo una diferencia de trato plenamente justificada.". Finalmente la STS de 25 de noviembre de 1985, manifiesta: " No sólo eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia y neutralidad en la función, sino también evitar peligros de que ello pueda producirse... se trata con estas limitaciones, eminentemente preventivas, de reforzar la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas, lo que permite, en sus actuaciones, establecer la presunción de su objetividad e imparcialidad, decisiva en tantos supuestos en los que hay que pronunciarse partiendo de un conjunto de dictámenes o informes contradictorios, según refleja la jurisprudencia en múltiples casos.". Esta recopilación de sentencias ha sido tomada del trabajo de L. MORELL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 152.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

g) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el “Boletín Oficial del Estado” el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos últimos años siguientes a la fecha de cese del mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que pertenezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese del alto cargo¹¹⁸⁸.

Prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas: Este sería el segundo núcleo de prohibiciones que nos proponemos analizar, el relativo a las prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas. Aparecen recogidas en el artículo 60.2 del la TRLCSP y son las siguientes:

- a) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración Pública.
- b) Haber infringido una prohibición de contratar con cualesquiera Administraciones públicas.
- c) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre,

¹¹⁸⁸ Nos encontramos ante un supuesto de prohibición, cuya finalidad es análoga a la comentada anteriormente, puesto que trata de evitar el conflicto de intereses entre los intereses particulares y los generales.

General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹¹⁸⁹.

d) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.4 dentro del plazo señalado mediante dolo, culpa o negligencia¹¹⁹⁰.

e) Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118¹¹⁹¹, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia del empresario¹¹⁹².

Finalmente, el artículo 60.3 de la del TRLCSP contiene una previsión, que constituye una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica al ámbito del derecho de la contratación pública, con una medida como la que se va a aludir se trata de evitar que mediante una transformación de la persona jurídica se puedan eludir las prohibiciones para contratar¹¹⁹³, así dispone que:

¹¹⁸⁹ Esta causa de prohibición, no tiene el carácter de legislación básica, al amparo de lo establecido en la Disposición Final séptima de la LCSP.

¹¹⁹⁰ Este precepto se ha visto modificado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

¹¹⁹¹ El artículo 118 de la TRLCSP alude a las condiciones especiales de ejecución del contrato, para su establecimiento deben ser compatibles con el derecho comunitario y han de indicarse en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato. Estas condiciones podrán referirse en especial, a consideraciones de tipo social o medio ambiental; constituyen una nueva muestra del carácter transversal con el que se concibe la contratación pública, por la nueva Ley.

¹¹⁹² Sobre este precepto el Grupo Parlamentario del Congreso Coalición Canaria- Nueva Canarias, propuso su supresión (enmienda núm. 3); justificándose la misma, en que se plantea una doble sanción no tipificada u de absoluta desproporción, que bien pudiera ocasionar a las empresas a las que se les prohíba el acceso a la contratación del Sector Público consecuencias irreparables tales como la disolución.

¹¹⁹³ Sobre esta doctrina del levantamiento del velo, cabe citar la Sentencia de 5 de abril de 2001, que dice que: “ La doctrina jurisprudencial angloamericana creó la figura del levantamiento del velo- lifting the veil- que desemboca en la acción de rasgar el velo – piercing the veil-, con la finalidad de deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, todo ello con el fin de evitar el fraude de terceros, que se realizaba a través de la ingeniería societaria que permite la estructura de la sociedad anónima, y cuya posibilidad de efectos era casi ilimitada, lo que a veces llevaba, entre otros, a las consecuencias dañinas de simular la constitución de una sociedad para eludir o hacer prevalecer ciertos derechos.”. También la Sentencia de 31 de diciembre de 1999, que dice: “

“3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias¹¹⁹⁴, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.”.

Eficacia y efectos de las prohibiciones para contratar: Para el análisis de la eficacia y los efectos de las prohibiciones de contratar, se debe acudir al artículo 61 del la TRLCSP. De la lectura de este precepto cabe decir que se advierten dos tipos de prohibiciones, en cuanto a la forma de declaración: a) Las que se aprecian automáticamente; y b) las que es necesario tramitar un procedimiento administrativo para su determinación. Por lo que respecta a los efectos de las prohibiciones, también se advierten dos tipos: a) las que subsisten mientras perviva la causa que las origina, b) las que se prolongan a lo largo de un periodo de tiempo. El efecto que produce la prohibición es la inhabilitación del contratista para celebrar contratos con el sector público, o con la Administración, dependiendo del tipo de prohibición¹¹⁹⁵.

Prohibiciones de apreciación directa y de subsistencia condicionada al tiempo que permanezcan: Estas prohibiciones son las que aparecen en el artículo 61 del TRLCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. Las prohibiciones de contratar contenidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo anterior, y c) de su apartado 2, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

esta Sala admite la posibilidad de que los Tribunales puedan penetrar en el interior de las personas jurídicas para evitar los abusos provocados por determinadas interdependencias, en cuyo conflicto entre seguridad jurídica y justicia es menester el acogimiento de los principios de equidad y de buena fe.”.

¹¹⁹⁴ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, propuso la supresión del inciso: “u otras circunstancias.”; la misma se justificaba en que es un concepto jurídico indeterminado, e interesaba que se precisaran esas circunstancias.”.

¹¹⁹⁵ L. MORELL OCAÑA, *Requisitos de los...*, op. cit. pág. 160, dice que: “ En líneas generales, la inhabilitación constituye un acto administrativo por el que se establece una incapacidad temporal para la adquisición o el disfrute de una facultad o un derecho de la persona. Habrá que añadir que, la inhabilitación se extiende, incluso, sobre la simple expectativa. es un acto administrativo desfavorable, puesto que limita facultades y derechos. Acto desfavorable que encuentra su causa en una conducta personal del afectado; esa conducta puede o no ser infracción administrativa, o delito.”.

La prohibición de contratar por la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, siempre que la sentencia se pronuncie sobre el alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. Cuando la sentencia no contenga pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, la prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación, pero el alcance y duración deberán determinarse mediante procedimiento instruido de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo.

En los restantes supuestos previstos en el artículo anterior, la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto.¹¹⁹⁶.

Este tipo de prohibiciones han sido calificadas por la doctrina como *prohibiciones de apreciación automática*, diciéndose que se aprecian sin más por el órgano de contratación, sin necesidad de incoar un procedimiento administrativo para su declaración. Yo no comparto esas afirmaciones, en particular, cuando el órgano de contratación sea un ente del sector público que tenga la condición de Administración Pública. El razonamiento que me lleva a discrepar es el siguiente: el Tribunal Constitucional viene entendiendo que toda actuación administrativa, cualquiera que ella sea, que se entienda que debe ser objeto de tutela jurisdiccional, será acto administrativo¹¹⁹⁷. En este caso nos encontraríamos ante un acto administrativo desfavorable, susceptible por lo tanto de ser recurrido. Por otro lado, la forma de producción normal de los actos administrativos es mediante un procedimiento administrativo¹¹⁹⁸, así lo ha señalado el artículo 105.c de la Constitución de 1978¹¹⁹⁹. Por lo

¹¹⁹⁶ Sobre este precepto el Grupo Parlamentario en el Congreso Coalición Canaria- Nueva Canarias (enmienda núm. 4) propuso su supresión, atribuyendo la competencia para la declaración de la prohibición, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, pudiendo iniciar el procedimiento de oficio o a solicitud del órgano de contratación.

¹¹⁹⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio, dice que: “En la expresión actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y otras similares con las que las leyes vigentes...definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho.”.

¹¹⁹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho administrativo II*, octava edición, Civitas, pág. 442, dicen: “El procedimiento, en general, se singulariza, por lo tanto, en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos.”.

¹¹⁹⁹ El artículo 105.c de la Constitución, dice que: “La ley regulará:...c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”.

tanto, a mi entender, para apreciar este tipo de causas de prohibición debe tramitarse un procedimiento administrativo al efecto por el órgano de contratación, cuando se trate de una Administración Pública. Ese procedimiento será el que aparece en la LRJ-PAC¹²⁰⁰, en el mismo será especialmente necesario que entre los trámites que han de realizarse en el expediente que se tramite al efecto, se dé audiencia al contratista inmerso en la causa de prohibición¹²⁰¹.

En base a lo expuesto, en mi modesta opinión, cuando el órgano que tiene que apreciar la causa de prohibición sea una Administración Pública, la expresión “... apreciarán directamente por los órganos de contratación” para que sea conforme con la Constitución¹²⁰² ha de concebirse como una norma atributiva de competencias al órgano de contratación¹²⁰³, no como una ausencia de necesidad de tramitar un procedimiento al

¹²⁰⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit. pág. 456, dicen que: “ Por, lo demás, la nueva LPC, aunque no afirme expresamente, como lo hizo la LPA, el carácter supletorio de sus normas con respecto a las reguladoras de los distintos procedimientos especiales, responde a idéntico planteamiento y aún lo agudiza, incluso, como tendremos ocasión de comprobar.”.

¹²⁰¹ En este sentido la STS de 17 de enero de 1992, dice que tras la aprobación de la Constitución la audiencia procede en todo expediente aunque no los prevea entre sus trámites.

¹²⁰² Sobre la interpretación conforme con la Constitución P. LUCAS VERDÚ, en el prologo al libro de R. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, dice que: “En Principio, la interpretación conforme a la Constitución parece cosa obvia: fácilmente se desprende de los conceptos de primacía formal y material del texto constitucional sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.”. También L. M. CAZORLA PRIETO, E. ARNALDO ALCUBILLA y F. ROMÁN GARCÍA, *La Constitución española de 1978. Su génesis y estructura. El valor normativo de la Constitución. Su eficacia directa. El principio de interpretación de las normas conforme a la Constitución*, en Temas de Derecho Constitucional, Aranzadi, pág. 98, dicen que: “La Constitución es el contexto necesario para la interpretación de todas las normas legales y reglamentarias, o en otros términos, el criterio hermenéutico guía para interpretar todas las restantes normas del ordenamiento jurídico.”.

¹²⁰³ Como ya hemos señalado con el profesor L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 173, la distribución competencial responde al principio de división del trabajo. En este caso la división, tiene como misión descargar de trabajo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y al Ministro de Economía y Hacienda evitando a estos órganos la instrucción y resolución de todas las prohibiciones de contratación. Atribuyéndose el conocimiento de las más simples, y fáciles de apreciar a los órganos de contratación.

efecto¹²⁰⁴, en ese procedimiento aparecería como un trámite especialmente relevante la necesidad de dar audiencia al contratista¹²⁰⁵.

En las prohibiciones de apreciación automática subyace un recelo hacia el procedimiento administrativo, que es concebido como una rémora o carga formal que recae sobre la Administración, de la que se ve aligerada en este caso. Pero nada más lejos de la realidad, en cualquier organización compleja, el proceso de toma de decisiones debe tener una serie de trámites que garanticen el acierto de las mismas. El procedimiento administrativo es un instrumento técnico, que sirve a la Administración para garantizar la idoneidad y eficacia de las decisiones que toma, pudiendo diseñarse procedimientos simples y ágiles, si las circunstancias de la decisión así lo aconsejan, bien sea por lo simple de la decisión que tiene que adoptarse (como es este caso), o lo sea por la rapidez con la que debe tomarse (contratación de emergencia).

Prohibiciones para las cuales es necesario tramitar un procedimiento administrativo específico regulado en el TRLCSP: El TRLCSP tiene prevista la existencia de un procedimiento específico para determinar los efectos de determinadas causas de prohibición, también establece los efectos de la declaración de la existencia de las correspondientes causas de prohibición, así como unos plazos de caducidad para iniciar el procedimiento; todas estas previsiones se contienen en el artículo 61.2 del TRLCSP, precepto que por su complejidad se considera oportuno proceder a su despiece con el fin de facilitar su comprensión.

De esta forma en el artículo 61.2. 1º del TRLCSP, dice:

¹²⁰⁴ La ausencia de procedimiento, no sólo vulnera lo dispuesto en el artículo 105.c de la Constitución Española; sino que también atenta contra el artículo 103.1 de la Norma Fundamental, debido a que el mismo constituye un mecanismo de garantía de la eficacia de la actuación de la Administración. En este sentido los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ *Curso de derecho administrativo II*, op. cit. pág. 443, dicen que: “En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo.”.

¹²⁰⁵ Sobre la importancia del trámite de audiencia y las consecuencias jurídicas de su omisión, me remito al excelente trabajo de J.A. TARDÍO PATO, *El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/92*, Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006, págs. 93 y sig.

“2. En los casos en que, conforme a lo señalado en el apartado anterior, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinará siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezcan atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos....”.

En este primer inciso del artículo 61.2.1º de la del TRLCSP, lo primero que hace el legislador es una remisión a la disposición reglamentaria de desarrollo de la Ley, para regular el procedimiento para la declaración de las causas de prohibición para contratar. También establece el legislador una serie de elementos a tomar en consideración por el órgano que tiene que resolver.

La Ley en ese mismo párrafo continúa diciendo que:

“La duración de la prohibición no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho años en el caso de prohibiciones que tengan causa la existencia de una condena mediante sentencia firme. Sin embargo, las prohibiciones de contratar basadas en la causa prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior subsistirán, en todo caso, durante un plazo de dos años, contados desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, y las impuestas por la causa prevista en la letra a) del mismo apartado no podrá exceder de un año de duración.”.

El artículo 61.2.2º, dispone que:

“El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si hubieren transcurrido más de tres años contados a partir de las siguientes fechas:

- a) desde la firmeza de la resolución sancionadora, en el caso de la causa prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo anterior;
- b) desde la fecha en que hubieran facilitado los datos falsos o desde aquélla en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, en los casos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior;
- c) desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior;
- d) desde la fecha de formalización del contrato, en el caso previsto en la letra b) del apartado 2 del artículo anterior;
- e) en los casos previstos en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior, desde la fecha en que hubiese procedido a la adjudicación provisional del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el artículo 135.4.

En el caso de la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena, y en el caso de la letra e) del apartado 2, si hubiese transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento.”.

El principal interrogante que plantea el inciso transcrito consiste en averiguar si nos encontramos ante un plazo de caducidad o de prescripción. En este supuesto, el legislador, concede al órgano competente un plazo de tres años para iniciar el procedimiento, transcurrido el cual el procedimiento no podrá iniciarse. Cabe señalar que la jurisprudencia viene exigiendo para que exista un plazo de caducidad, que se otorgue un plazo para el ejercicio, como ocurren en este supuesto¹²⁰⁶. No obstante lo anterior, es necesario abundar más en este razonamiento, ya que la regla general es que los plazos sean de prescripción, y no de caducidad; se puede decir con el profesor DE CASTRO que en los supuestos de caducidad hay que buscar una ratio que exima de la aplicación de la regla general¹²⁰⁷, la jurisprudencia ha encontrado esa ratio de la que hablaba DE CASTRO, en la circunstancia de que la caducidad afecta al interés general¹²⁰⁸ o público¹²⁰⁹. Son pues razones de interés general o público, las que sustentan el establecimiento de plazos de caducidad. Aunque resulte redundante a estas alturas, la razón que justifica la regulación contenida en la Ley es

¹²⁰⁶ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho...*, op. cit. “En la doctrina y en la jurisprudencia se contemplan a veces casos de extinción de derechos por el transcurso del tiempo, en los cuales, a causa de la naturaleza del derecho, el plazo corre inexorablemente, sin que pueda ser detenido por actuación alguna, mientras no se ejercite la acción correspondiente. No valen, pues, para interrumpir la extinción, ni la reclamación extrajudicial, ni el reconocimiento del deudor, e incluso el ejercicio de la acción no vale sino en cuanto sea victorioso. No cabe aquí propia interrupción, sino que las acciones, o se ejercitan con éxito en tiempo hábil, o caducan inevitablemente. A este modo de extinción se le llama caducidad.” Y pág. 350, citan la Sentencia de 28 de enero de 1983, que dice que: “se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir...”. Por lo tanto un primer indicio para determinar si nos encontramos ante un plazo de prescripción o de caducidad consiste en comprobar si se establece un tiempo determinado para su ejercicio; en el supuesto que analizamos, el legislador sí que fija ese plazo determinado.

¹²⁰⁷ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho...*, op. cit. pág. 351, citan al profesor DE CASTRO que dice que: “el Código civil considera la prescripción como el modo normal de extinción de derechos y acciones de cualquier clase que sean (arts. 1.930 y 1.964). Los supuestos de caducidad habrán, por tanto, de tener una ratio que los exima de dicha regla general.”.

¹²⁰⁸ La puntualiza que la caducidad afecta “al interés general”, que es su fundamento.

¹²⁰⁹ Por otra parte la Sentencia de 26 de junio de 1974, dice que: “lo diferencial es la idea de interés general, público, regularmente presente en la caducidad....”.

la salvaguarda de los intereses generales; la esencia de la mencionada regulación es la defensa de esos intereses, por lo que debe considerarse que toda medida contenida en la Ley se fundamenta en la defensa del interés general. Todos estos razonamientos conducen a señalar que el plazo establecido en este precepto es de caducidad y no de prescripción.

Continúa el precepto preocupándose de la competencia para fijar la duración y alcance de las prohibiciones, que precisan declaración, diciendo que:

“3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de la letra a) del apartado 1 anterior, así como para declarar la prohibición de contratar en el supuesto contemplado en la letra c) del mismo apartado corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, que dictará resolución a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. La prohibición así declarada impedirá contratar con cualquier órgano de contratación.

En el supuesto previsto en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior la declaración de la prohibición corresponderá a la Administración o entidad a la que se deba comunicar la correspondiente información; en los casos contemplados en las letras a), d) y e) del apartado 2, a la Administración contratante; y en el supuesto de la letra b) de este mismo apartado, a la Administración que hubiese declarado la prohibición. En estos casos, la prohibición afectará a la contratación a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración, sin perjuicio de que el Ministro de Economía y Hacienda, previa comunicación de aquéllas y con audiencia del empresario afectado, considerando el daño causado a los intereses públicos, pueda extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público.”.

El artículo 61.4 de la del TRLCSP, se ocupa de la eficacia de las prohibiciones para contratar con la Administración, dice que:

“ La eficacia de las prohibiciones para contratar a que se refieren las letras c) y e) del apartado 1 del artículo anterior, así como la de las establecidas en su apartado 2, estará condicionada¹²¹⁰ a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda. Igualmente la eficacia de la resolución que

¹²¹⁰ La Ley introduce en este punto una condición suspensiva, ya que deja en suspenso la eficacia de la prohibición hasta que se inscriba. La inscripción dará lugar a una mayor publicidad y control de la empresa o entidad que se encuentre inscrita.

determine el alcance y duración de la prohibición de contratar derivada de la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo anterior estará condicionada a su inscripción.¹²¹¹”.

Finalmente el artículo 61.5 de TRLCSP, impone una obligación de comunicación de información relacionada con las causas de prohibición. De esta forma dice:

“ 5. A los efectos de la aplicación de este artículo, las autoridades y órganos competentes notificarán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, las sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos mencionados en el artículo anterior, así como la comisión de los hechos previstos en la letra e) de su apartado 1 y en las letras b),d) y e) de su apartado 2, a fin de que se puedan instruir los expedientes previstos en este artículo o adoptarse las resoluciones que sean pertinentes y proceder, en su caso, a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que sea procedente. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado podrá recabar de estas autoridades y órganos cuantos datos y antecedentes sean precisos a los mismos efectos.”.

B) Consentimiento.

La regulación del consentimiento en los contratos del sector público, se debe buscar en dos lugares que son el TRLCSP, y los artículo 1262 y siguientes del Código Civil, diferenciando en función del sujeto que celebra el contrato. Dice el artículo 1262 del Código Civil, que: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta¹²¹² y de la aceptación¹²¹³ sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”¹²¹⁴, el artículo

¹²¹¹ En este sentido el Informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, resalta precisamente como una de las novedades más salientes de la nueva Ley en materia de prohibiciones, esta.

¹²¹² X. O’ CALLAGHAN, *Código Civil Comentado*, pág. 1251: “La oferta es la declaración de voluntad que un aparte hace a otra proponiendo celebrar un contrato de contenido determinado.

¹²¹³ X. O’ CALLAGHAN, *Código Civil Comentado*, pág. 1251: “La aceptación es la declaración de voluntad por la que el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con la misma.

¹²¹⁴ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit. pág. 39, estos dos autores nos dicen que: En rigor, cuando se habla de consentimiento contractual, hay que separar los siguientes fenómenos: a) Voluntad interna e individual de cada contratante, b) la declaración que el contratante emite y a través del a cual su voluntad es conocida, c) lo que se llama voluntad o intención común, es decir aquella zona donde las dos declaraciones coinciden.

1258 del Código civil¹²¹⁵, que señala que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...”. Trasladando esta regulación del Código civil, a la contratación pública¹²¹⁶, veríamos como la oferta que hace la Administración al contratista es la prestación que se delimita en los pliegos que acompañan al contrato, y el concurso de la oferta y de la aceptación se produce cuando el contratista participa en el procedimiento de contratación haciendo su proposición¹²¹⁷, dice el artículo 145.1 del TRLCSP, refiriéndose a las proposiciones presentadas por los interesados que:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna¹²¹⁸.”.

¹²¹⁵ X. O’ CALLAGHAN, *Código Civil comentado*, op. cit., pág. 1238, dice que: “ Sin embargo, al decir que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento” hacer referencia exclusiva al llamado contrato consensual, olvidando el contrato real que requiere, para su perfección, no solo el consentimiento de las partes, sino también la entrega de la cosa; y el contrato formal que necesita, para su perfección, además del consentimiento, una forma determinada”, esto supone que este precepto no contempla todas las formas de perfección del contrato.

¹²¹⁶ Es necesario realizar una precisión importante, cuando aludimos a la contratación pública, no lo hacemos como referencia a todas las variedades de contratos que pueden concertar todos los sujetos integrantes del sector público, sino solo a los que celebran las Administraciones públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, que son los tipos en los que se centran las particularidades en cuanto al consentimiento contractual. Esta conclusión se deduce de lo dispuesto en el artículo 27.1 de la LCSP, que dice que: “ Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.”.

¹²¹⁷ Debe destacarse un aspecto importante de la oferta, que va más allá de la simple carga formal, cual es la necesidad de que la oferta del contratista vaya firmada, en este sentido el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Recurso 163/2012 Resolución 182/2012, de 6 de septiembre de 2012, dice que: “La firma de la documentación es un requisito sustantivo, supone que una persona con poder bastante para obligarse a la sociedad en cuyo nombre actúa, manifieste la voluntad de la sociedad de obligarse. La falta de firma supone la ausencia de tal declaración.”.

¹²¹⁸ La presunción de aceptación incondicionada de los pliegos al presentar la oferta, plantea el problema de recurrirlos para aquel contratista que desea participar en la licitación, al poder entenderse que la presentación de la oferta inhabilita la interposición del recurso, por aplicación del principio de congruencia. Esta cuestión, ya ha sido tratada, y resulta con brillantez por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 158/2012, de 30 de julio de 2012, que señala que: “...Sin embargo, afirmar como hace el órgano de contratación que el principio de congruencia impide presentar oferta en la licitación a quien interpone recurso contra los pliegos de la misma, o viceversa, puede interpretarse en un sentido restrictivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución....En realidad, la norma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes transcrita produce efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido, por no haber sido desestimado el recurso. Nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna pueda recurrir a

Pero en este momento no se perfecciona el contrato, a pesar de producirse el concurso de la oferta y de la aceptación¹²¹⁹, y esto es debido a varias razones: La primera deriva de la propia constitución y es que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, es para la defensa de estos intereses para lo que se regula un procedimiento de contratación, cuya finalidad es elegir al contratista que efectúe la oferta que mejor sirva a esos intereses¹²²⁰; la segunda razón, constituye una exigencia comunitaria, sería el principio de concurrencia que justifica que en esta fase puedan presentar ofertas varios contratistas entre los que elige la Administración, este principio se mantiene a nivel más teórico que real en el procedimiento negociado, donde se establece que la Administración solicite, cuando sea posible, un mínimo de tres ofertas. La perfección de los contratos que celebren los poderes adjudicadores, se produce con la formalización¹²²¹ (artículo 27.1 TRLCSP¹²²²) y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 Código Civil¹²²³).

A modo de recapitulación y tratando de sistematizar lo hasta ahora dicho, cabe decir que mientras que en la contratación civil se advierten dos fases en la perfección del contrato (oferta y aceptación), en la contratación administrativa, debido al principio de concurrencia

la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato.”.

¹²¹⁹ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 414: El consentimiento se produce por la aceptación de los pliegos del contrato por el contratista.

¹²²⁰ También hay que recordar que la Administración, está obligada constitucionalmente a actuar conforme a un procedimiento administrativo; así lo dice el artículo 105 de la Constitución.

¹²²¹ Hasta la Ley 34/2010, de 5 de agosto, los contratos de las Administraciones Públicas se perfeccionaban con la adjudicación. Se trata por lo tanto de una novedad de importante la introducida por la Ley de 2010.

¹²²² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005: El contrato se perfecciona con la adjudicación, no con la formalización, y desde ese momento existe y obliga como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afecta, por lo tanto, en absoluto a la existencia ni a la validez del mismo.

¹²²³ X. O' CALLAGHAN, *Código Civil Comentado*; pág.: 1239, nos dice que: “El contenido de tales obligaciones viene determinado, en primer lugar y esencialmente, por lo pactado entre las partes (principio de la autonomía de la voluntad), pero no sólo por ello, sino también por el principio de la buena fe, por el uso y por la ley. Es la llamada integración del negocio jurídico.

y a la defensa de los intereses generales, al deber general de objetividad que inspira el actuar de la Administración, y a la tutela de los intereses existentes en el contrato en vía de recurso. Se advierte la existencia de cuatro fases (oferta, aceptación, adjudicación y formalización), esta forma de perfeccionar el contrato constituye una especialidad de la contratación administrativa con respecto a la contratación civil.

La existencia de cuatro fases o estadios diferentes en la perfección de los contratos celebrados por los entes que tengan la condición de poderes adjudicadores es relativamente nueva y se debe a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que tiene por objeto incorporar la Directiva de recursos al ordenamiento jurídico español. (ahora esta novedad se recoge en el TRLCSP).

El cambio normativo que se ha producido, se debe a la necesidad de posibilitar la interposición de recursos administrativos antes de que se perfeccione el contrato.

Nuevamente se asiste a un importante cambio conceptual motivado por la influencia del derecho comunitario. Ha sido una constante histórica, en la contratación pública, que los contratos administrativos se perfeccionaran con la adjudicación¹²²⁴. Ahora las directrices marcadas por la Unión Europea obligan a rediseñar esta fase del proceso de contratación, rompiendo con la tradición histórica de nuestro país. Cada vez en más frecuente, en este sector de la actividad administrativa, la desaparición de figuras típicas del derecho administrativo, como en este caso sería el acto de adjudicación, entendido como un acto administrativo declarativo de derechos, y su sustitución por negocios jurídicos provenientes del derecho civil, como es la formalización del contrato, con carácter constitutivo. En este sentido, me gustaría destacar las acertadas palabras de DIEZ SASTRE, S., que nos habla de

¹²²⁴ La adjudicación constituye un acto administrativo declarativo de derechos que daba lugar a la perfección del contrato. La reforma introducida en la Ley, es una muestra del repliegue que se está produciendo del derecho administrativo en esta materia, así motivado por la influencia comunitaria una institución propia del derecho administrativo (el acto declarativo de derechos), cede su puesto a una figura que proviene del derecho civil como es la formalización del contrato.

una europeización del derecho de la adjudicación de los contratos públicos. Ese fenómeno, está provocando cambios como el que acabamos de destacar¹²²⁵.

Como se podrá ver a lo largo de las líneas que comprende este trabajo, se está produciendo un proceso de progresiva degradación de la figura del contrato administrativo, muestra de ese proceso es que las clásicas instituciones administrativas (acto administrativo de adjudicación), ceden protagonismo a las figuras civiles (formalización del contrato). En este caso puede considerarse una anécdota, más grave será cuando se tenga la oportunidad de analizar el régimen jurídico del ius variandi y las mutaciones que ha sufrido.

Por supuesto, serán de aplicación a los contratos administrativos, los vicios del consentimiento que son el error, la violencia, la intimidación y el dolo (artículo 1265 Código Civil¹²²⁶).

C) Objeto. Especial referencia al fraccionamiento del objeto del contrato. Análisis de la problemática que plantean los contratos mixtos de servicios.

1. Consideraciones generales: El artículo 1261 del Código civil incluye, entre los elementos esenciales del contrato al objeto¹²²⁷.

Existen varias definiciones doctrinales del objeto del contrato, yo me inclino por seguir, en este punto a RIPERT¹²²⁸ que dice: “un contrato no tiene objeto: tiene efectos, y los efectos consisten en la producción de obligaciones; son estas obligaciones las que tienen objeto...el objeto del contrato designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades y en torno a la cual se ordena la economía del contrato.”. En unos términos

¹²²⁵ DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, pág. 33.

¹²²⁶ Artículo 1265 del Código Civil: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

¹²²⁷ El artículo 1261 del Código civil, dice que: “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2º objeto cierto que sea materia del contrato.”.

¹²²⁸ La cita de RIPERT, puede encontrarse en manual de J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil*, op. cit. pág. 413.

parecidos se pronuncia O'CALLAGHAN, X. cuando dice que: "... se ha dicho que el objeto del contrato es la realidad sobre la que versa, la materia de este, es decir, los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre que recae el consentimiento contractual.¹²²⁹".

En cuanto al contrato de servicios, al tratarse de un contrato típico, las prestaciones a propósito de las cuales interviene el acuerdo de voluntades se encuentran delimitadas en la LCSP¹²³⁰. En concreto, hay que acudir al artículo 10 del TRLCSP y al anexo II. El artículo 10 del TRLCSP dice que:

"Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II."

2. *Requisitos del objeto:* Se viene manteniendo, a lo largo del presente trabajo, que los contratos públicos presentan modulaciones con respecto a los contratos civiles, si bien estas modulaciones no suponen que la contratación pública deba tener en consideración el tronco común de la contratación civil. Esta posición es la que hace diferenciar entre requisitos del objeto del contrato establecidos en el Código civil y los que aparecen en el TRLCSP.

El Código civil establece que el objeto del contrato ha de ser posible, lícito y determinado o determinable.

Posibilidad: El artículo 1272 del Código civil dice que no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles. La imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva, de hecho o de derecho, parcial o total, originaria o sobrevenida¹²³¹.

Acerca de la posibilidad de celebrar contratos sobre cosas futuras¹²³², O'CALLAGHAN, X. dice que: Sobre las cosas futuras cabe celebrar contratos con dos modalidades. La

¹²²⁹ X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil, Tomo II*, op. cit.

¹²³⁰ Recordemos que la Ley ha optado por delimitar todos los contratos típicos o calificados, delimitando su objeto. Como por otro lado no podría ser de otra manera. La tipicidad presenta dos cara, por un lado, seguridad jurídica y certidumbre; y por otro, rigidez.

¹²³¹ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho...*, op. cit. pág. 57.

primera, cuando el contrato queda subordinado a que la cosa llegue a tener existencia real y el contrato deviene ineficaz si la cosa no existe; es realmente una condición, aunque no se pacte como tal, sino como contrato con el objeto consistente en una cosa futura que se espera en el orden natural de las cosas, como puede ser la próxima cosecha, el cachorro del animal de la hembra preñada (es el caso de la *emptio rei speratae*); la segunda modalidad, es el contrato de cosa futura en el que las partes quedan definitivamente obligadas, prescindiendo de si llega o no a existir (es el caso de *emptio spei*)¹²³³.

Licitud: O'CALLAGHAN, Xavier dice que la obligación ilícita no puede ser objeto del contrato. Es ilícita la que recae sobre una conducta que, en relación con su finalidad, es contraria a la ley, a la moral o al orden público (artículo 1255 Código civil)¹²³⁴.

Conforme al artículo 1271. 1º y 3º del Código civil, no son ilícitos los contratos cuyas obligaciones recaen sobre cosas extra commercium o sobre servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Determinación o determinabilidad (El artículo 74.1 de la LCSP, dice que: “El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.”). : Del artículo 1273 del Código civil, se infiere que las obligaciones objeto del contrato deben quedar determinadas al perfeccionarse éste o ser determinables sin necesidad de un nuevo acuerdo de los interesados. Se prevén, pues, dos situaciones: que el objeto del contrato esté determinado al tiempo de la perfección del mismo, o bien que se determine en la consumación, con los criterios fijados en el momento de la perfección del contrato¹²³⁵.

El TRLCSP establece requisitos que afectan al objeto del contrato, en particular, los que aluden al posible fraccionamiento del mismo y los relativos a los contratos mixtos.

¹²³² Un ejemplo de contrato de servicios celebrado sobre cosa futura, lo tendríamos en aquéllos casos en los que se encarga un dictamen a un abogado por la Administración. En estos casos cuando se encarga el dictamen el mismo no se ha elaborado, por lo tanto el dictamen es una cosa futura.

¹²³³ X. O'CALLAGHAN, *compendio de derecho...*, op. cit. pág. 256.

¹²³⁴ X. O'CALLAGHAN, *compendio de derecho...*, op. cit. pág. 257.

¹²³⁵ X. O'CALLAGHAN, *compendio de derecho...*, op. cit. pág. 257.

Fraccionamiento del objeto del contrato: Como se viene apuntando el principal objetivo del derecho comunitario regulador de la contratación pública es la creación de un mercado común de los contratos públicos, que funcione entre todos los países miembros sobre la base de una serie de principios cuya finalidad es permitir el acceso a las licitaciones de todos los empresarios que se encuentren interesados. Con el fin de garantizar la realización efectiva de ese mercado, la Ley¹²³⁶, establece unas cuantías de los contratos a partir de las cuales es necesario que se de publicidad a los mismos, incluso en el Diario Oficial de la Unión Europea¹²³⁷. Como reverso hay algunos contratos que por razón de su cuantía, no es necesario que se les dote de publicidad (menores y determinados negociados). Por otro lado, la integridad del objeto cumple otras finalidades tales como la eficacia en la gestión de los recursos públicos, o el beneficio que proporciona la aplicación de economías de escala¹²³⁸.

Una manera de reducir el precio de los contratos, eludiendo de esta forma las reglas de publicidad, es fraccionando su objeto, dividiéndolo en varios contratos que tengan la cuantía adecuada que permita eludir su publicación. Con razón se habla del principio de objeto completo como principio inspirador de la configuración de los contratos administrativos, este principio implica que a la hora de planificar el objeto de un contrato, el órgano de contratación debe incluir dentro del mismo todas las prestaciones necesarias para

¹²³⁶ Recuérdese que algunas de las cuantías que establece la Ley de Contratos del Sector Público provienen de la Directiva de Contratos. Estas cuantías han dado lugar a la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada.

¹²³⁷ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010. Consulta. Actuación fiscal a seguir en el caso de fraccionamiento irregular del objeto del contrato, dice que: “El procedimiento contractual, que impone a la Administración la realización de una serie de trámites, está orientado a materializar los principios que sirven de fundamento de la normativa sobre contratos públicos, tanto a nivel europeo (artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE) como por extensión a nivel nacional (artículo 1 de la LCSP), como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. A fin de evitar la violación de tales principios por la utilización de un procedimiento improcedente como consecuencia de la disminución del importe del contrato a través de la división del objeto en varias partes, éste es merecedor de atención particular por parte de la LCSP.”.

¹²³⁸ En este sentido destacar la Resolución 058/2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 22 de febrero de 2012, Recurso 028/2012, que dice sobre el fraccionamiento del objeto del contrato que: “De esta manera, la integración de todas las prestaciones de servicios recogidas en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita esa integración”.

la satisfacción de sus necesidades, evitando el fraccionamiento de las mismas¹²³⁹. Como ha puesto de manifiesto nuestra mejor doctrina la prohibición de fraccionamiento del objeto del contrato, constituye una manifestación específica de la prohibición general de fraude de Ley¹²⁴⁰.

En este sentido el artículo 86.2 del TRLCSP impide el fraccionamiento del objeto con los fines mencionados, así lo dice:

“No podrán fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”.

La finalidad de este precepto es evitar que se fragmenten las prestaciones de un contrato con el fin de evitar o eludir determinadas normas de publicidad. Una interpretación demasiado estricta de esta prohibición podría conducir a que los órganos de contratación tengan que licitar contratos con macro objetos, para de esta forma no incurrir en un eventual fraccionamiento. Con el fin de evitar esa distorsión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa utiliza como criterio de distinción el consistente en señalar que existe fraccionamiento del objeto del contrato, cuando las prestaciones constituyan una *unidad*

¹²³⁹ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010. Consulta. Actuación fiscal a seguir en el caso de fraccionamiento irregular del objeto del contrato, dice que: “En efecto, los contratos del sector público se rigen por el principio de objeto completo de tal forma que en el mismo deberán incluirse todos los aspectos que sean necesarios para satisfacer la necesidad a la que la Administración pretende dar respuesta. Manifestación de este principio se encuentra en el artículo 93 de la LCSP.....”.

¹²⁴⁰ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010. Consulta. Actuación fiscal a seguir en el caso de fraccionamiento irregular del objeto del contrato, dice que: “Esta regla, siguiendo la interpretación que del mismo realiza Emilio Jiménez Aparicio, es una concreción de la prohibición general del fraude de ley, por lo que la exégesis de su contenido debe realizarse en coherencia con la evolución doctrinal sobre esta materia, según la cual, lo relevante no es el elemento subjetivo del fraude como que efectivamente se haya producido el resultado fraudulento. En este mismo sentido se manifiesta el Informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 29 de noviembre de 2002, según el cual, “la ley no prohíbe el fraccionamiento del contrato de manera general y absoluta, prohíbe un tipo de fraccionamiento jurídicamente injustificable, aquél que se hace con el propósito de defraudar normas imperativas sobre publicidad y adjudicación.”.

*operativa y funcional*¹²⁴¹. Existe esa unidad si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. A este criterio añade la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias¹²⁴² el hecho de que deba probarse en cada caso la existencia de ánimo defraudatorio, yo no estoy de acuerdo con esta solución debido a que la constatación de ese ánimo supone, a mi juicio, una prueba diabólica o de muy difícil obtención, creo que por el simple hecho de existir una unidad operativa o funcional habrá fraccionamiento del objeto independientemente de la existencia o no de ánimo defraudatorio cuando se dividan las prestaciones.

En aquellos casos en los que es posible fraccionar el objeto del contrato, la Ley establece una serie de previsiones que encontramos en el artículo 86.3, que dice que:

“3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.”.

¹²⁴¹ Informe 69/08, de 31 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dice que: “La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.”.

¹²⁴² Informe 10/2006, de 12 de septiembre de 2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

Contratos mixtos: Hasta el momento se han analizado los contratos que presentan un objeto simple¹²⁴³, pero pueden existir contratos cuyo objeto reúna prestaciones de varios contratos típicos¹²⁴⁴ encontrándonos, en ese caso, ante un contrato mixto¹²⁴⁵. El principal problema que plantean los contratos mixtos es el relativo a su régimen jurídico, al fundirse prestaciones de varios contratos se hace necesario determinar como se regirán.

Para solucionar el problema planteado existen dos teorías: la primera, es la que afirma que prevalece la regulación del contrato determinante más caracterizado, es la conocida como *teoría de la absorción*; y la segunda, es la que postula que se apliquen las normas de cada contrato típico, que es la *teoría de la combinación*. Por medio de las dos teorías se pretende solucionar uno de los problemas que plantea este tipo de contratos, cual es el relativo a su régimen jurídico.

Al tratar la problemática que plantean estos contratos híbridos el derecho comunitario apuesta por la teoría de la absorción¹²⁴⁶, si bien hay que tener en cuenta que la regulación comunitaria se preocupa de la fase de adjudicación del contrato, no de la ejecución.

La regulación anterior de la contratación administrativa, apostaba por la aplicación de la teoría de la absorción¹²⁴⁷ a todas las fases del contrato. La preponderancia de un tipo de contrato sobre otro vendría determinada por el tipo cuya prestación es más cuantiosa.

¹²⁴³ Por contratos con objeto simple, me refiero a aquellos contratos que tienen prestaciones propias de un único contrato típico, lo que hace que no presenten problemas de calificación jurídica. Pero la complejidad del entorno al que hace frente la Administración, provoca que se planteen contratos con objetos complejos o mixtos, que sirven para atender a las necesidades de la sociedad.

¹²⁴⁴ X. LAZO VITORIA, *Los contratos mixtos*, Revista de Administración Pública, núm. 179, 2009, pág. 148 y sig., dice que: “En primer término, cabe señalar que el artículo 25.2 LCSP introduce como novedad la exigencia de que las prestaciones que se quieran fusionar en un contrato mixto se encuentren “directamente vinculadas entre sí” y “mantengan relaciones de complementariedad”. Ello a los efectos de justificar el tratamiento conjunto de tales prestaciones o, en los términos empleados por el legislador, como una “unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.”.

¹²⁴⁵ J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho...*, op. cit. pág. 488, dice que: “La doctrina considera contratos mixtos aquéllos en los cuales se mezclan prestaciones, estipulaciones o causas de varios contratos típicos.”.

¹²⁴⁶ El artículo 1.2.d.2º de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Un contrato público que tenga por objeto al mismo tiempo productos y servicios de los contemplados en el anexo II se considerará un “contrato público de servicios” cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior al de los productos incluidos en el contrato.”.

Actualmente el TRLCSP ha operado un cambio de rumbo en esta materia, ya que ha optado por dividir el contrato mixto en tres fases, *la primera*, sería la fase de preparación a la que se aplica la teoría de la combinación o yuxtaposición de regímenes; *la segunda*, sería la fase de adjudicación a la que aplica la teoría de la absorción¹²⁴⁸; y *la tercera*, sería la fase de ejecución del contrato a la que se aplica nuevamente la teoría de la yuxtaposición¹²⁴⁹. En este sentido resulta aclaratorio reproducir el artículo 12 del TRLCSP dedicado a los contratos mixtos:

“Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.”¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ El artículo 6 del TRLCAP, decía que: “Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.”.

¹²⁴⁸ Al igual que la normativa comunitaria, utiliza como criterio de determinación de la preponderancia, el criterio económico. Toda alineación con los criterios y principios mantenidos por la normativa comunitaria debe ser objeto de aplauso, ya que por medio de la misma se garantiza la coherencia y la unidad sistemática del derecho regulador de la contratación pública.

¹²⁴⁹ En este sentido el Informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, señala que: “En lo relativo al régimen de los contratos mixtos, han de hacerse las siguientes consideraciones: De acuerdo con un principio implícito en la Directiva (artículo 1.2.c y d, y el artículo 22, se acoge la teoría de la absorción, dando prevalencia a la prestación de mayor entidad económica para determinar el procedimiento de adjudicación aplicable. Frente a la regulación actual (artículo 6 LCAP), en este precepto no se hace mención a las normas aplicables a la ejecución del contrato. Se ha considerado más prudente limitar la aplicabilidad de las denominada teoría de la absorción a la determinación de las reglas de adjudicación del contrato considerando que, en ocasiones, este sistema puede no dar respuesta adecuada a los problemas de régimen sustantivo que plantea el contrato mixto, siendo preferible aplicar la yuxtaposición de los regímenes correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas en el contrato. Se trata de una cuestión que, como sucede en el derecho civil contractual, parece preferible dejar abierta a lo que se establezca en el propio contrato por las partes (artículo 25 y artículo 99.2 in fine), y a lo que los Tribunales determinen en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes por ser imposible dar reglas de validez general. De igual forma, en los que se refiere a la preparación del contrato las diferentes prestaciones fusionadas pueden exigir la aplicación de normas diferentes: así, por ejemplo, las obras pueden requerir de la elaboración de un proyecto, aunque sean la prestación menos importante de las varias que se fusionen en un contrato mixto. En definitiva, es perfectamente posible aplicar sin especiales problemas la técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos (aplicar a cada prestación sus normas propias) en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato; cuestión distinta es la adjudicación del mismo, en la que necesariamente ha de optarse por un procedimiento determinado, cuya elección vendrá determinada por la prestación más relevante.”.

¹²⁵⁰ La redacción que presenta este precepto es fruto de una de las observaciones que hizo el Consejo de Estado en su informe del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, expediente 524/2006.

Problemática en los contratos de servicios prioritarios: Una de las clasificaciones realizadas de los contratos de servicios era la que diferenciaba entre *servicios prioritarios* y *no prioritarios*, en función de la preocupación que suscitan los mismos al regulador comunitario. No todos los contratos de servicios están sujetos a regulación armonizada¹²⁵¹, por ese motivo me pregunto que reglas regirán la adjudicación de un contrato de servicios que contenga prestaciones sujetas a regulación armonizada y no sujetas a esa regulación¹²⁵².

El legislador español, a diferencia del francés¹²⁵³, no aporta criterios para solucionar el problema planteado. Por ese motivo, soy partidario de efectuar una aplicación analógica de la teoría de la absorción contenida en el artículo 12 del TRLCSP, así el contrato de servicios mixto¹²⁵⁴ estará sujeto a regulación armonizada cuando las prestaciones de que se trate sean de las incluidas en las categorías del anexo II que están sometidas a regulación armonizada y tengan un mayor peso económico, a una solución parecida ha llegado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹²⁵⁵.

¹²⁵¹ Ver artículo 16.1 de la LCSP.

¹²⁵² En particular, el problema se plantea, principalmente es con respecto a la publicidad comunitaria del contrato. La diferenciación entre unos servicios prioritarios, y otros que no lo son provoca que el carácter mixto del servicio lo atraiga afecte a la publicidad.

¹²⁵³ El artículo 30 del Decreto nº 205- 1737 de 30 de diciembre de 2005, por el que se aprueba el Código de los Contratos Públicos, dice que: “ Cuando un contrato público contenga simultáneamente por objeto servicios mencionados en el artículo 29 y los servicios mencionados en el artículo 30 del presente Código, se adjudicará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 siempre que el valor de los servicios mencionados en el artículo 29 sobrepase el valor de los servicios mencionados en el artículo 30.”.

¹²⁵⁴ Cuando decimos mixto, nos referimos a un contrato que contiene prestaciones de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y de un contrato de servicios no sujeto a esa regulación. La distinción comunitaria entre unos servicios prioritarios y otros que no lo son, provoca esta categoría de contrato mixto de servicios.

¹²⁵⁵ Asunto C-411/00, de 14 de noviembre de 2002, asunto Felix Swoboda GmdH, dice que: “Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea fundamentalmente saber qué influencia puede tener el objetivo de un contrato en la determinación del régimen aplicable a éste. El Bundesvergabeamt pregunta más concretamente si, con ocasión de la adjudicación de un contrato que tiene un único objetivo, pero está integrado por varios servicios, éstos deben ser clasificados individualmente en las categorías previstas en los anexos IA y IB de la Directiva 92/50 para determinar el régimen aplicable al referido contrato conforme a los artículos 8 a 10 de la mencionada Directiva o si, por el contrario, ha de identificarse el objeto principal del contrato, aplicándose en este supuesto a los servicios el régimen del servicio relativo al objeto principal. A este respecto, el Tribunal de Justicia consagró el principio según el cual, para determinar la directiva aplicable a un determinado contrato, hay que tener en cuenta cuál es el objeto principal de dicho contrato....En su

Requisitos especiales impuestos para el objeto del contrato de servicios: La Ley de Contratos impone, por razones de interés público, una serie de requisitos específicos para los contratos de servicios, estos son dos:

- 1) No pueden ser objeto de contrato de servicios los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (artículo 302.1 TRLCSP).
- 2) En los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por el derecho propiedad intelectual o industrial; llevarán aparejada la cesión del derecho a la Administración contratante, salvo que se disponga otra cosa en los pliegos o en el documento contractual¹²⁵⁶. Cabe señalar que el problema de la cesión de los derechos derivados de la propiedad intelectual ya había sido apuntado por MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.¹²⁵⁷, quién inició el debate de este tema; no obstante se volverá en otro momento del presente trabajo sobre este tema.

D) Causa.

Aunque me hubiera gustado eludir el tema de la causa en el contrato administrativo debido a la complejidad que plantea el tema de la causa en el campo del derecho civil¹²⁵⁸, creo que

artículo 10, la Directiva 92/50 dispone además que los contratos que tienen por objeto servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en su anexo I B han de adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en sus títulos III a IV cuando el valor de los servicios del anexo I A es superior al valor de los servicios del anexo I B y, en su caso contrario, únicamente de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 14 y 16.”

¹²⁵⁶ El artículo 302.2 del TRLCSP, dice que: “Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1.”

¹²⁵⁷ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría...*, op. cit. pag. 499, esta autora decía refiriéndose al contrato de consultoría y asistencia, figura contractual que como bien sabemos se ha subsumido dentro del tipo de contrato de servicios, que: “En lo que respecta al carácter intelectual de la tarea encomendada por medio de los contratos de consultoría y asistencia, conlleva un problema fundamental, los derechos de propiedad intelectual e industrial que pueden resultar de los trabajos realizados.”

¹²⁵⁸ Complejidad que, a nuestro entender, aumenta cuando se trata el tema de la causa en el contrato administrativo. En este caso se entremezclan aspectos civiles, o de teoría general del contrato, con la singularización que representa la propia categoría de contrato administrativo.

resulta obligada la referencia a este elemento del contrato¹²⁵⁹. La exposición ha de comenzar aclarando conceptos, lo primero, es que la causa constituye un instrumento técnico para delimitar la autonomía de la voluntad en el ámbito negocial¹²⁶⁰; lo segundo, es que cuando se alude a la causa del contrato, no se hace referencia a la causa de las distintas obligaciones que nacen del contrato sino a la causa de la relación obligatoria que se establece en el contrato¹²⁶¹.

Ya he señalado que el tema de la causa es controvertido, muestra de esa controversia son las distintas teorías que existen acerca de la misma, así al margen de las teorías anticausalistas, se advierten, dentro de quienes reconocen la existencia de la causa, varias corrientes doctrinales, que son las siguientes:

- 1) *Concepción subjetiva*: Estima que la causa es el motivo, el fin concreto perseguido por la parte que le impulsa a realizar el negocio jurídico.
- 2) *Concepción objetiva*: Separa la causa, caracterizadora de cada negocio jurídico, de los motivos subjetivos de las partes; la causa es la función práctico- social del negocio o la función económico- social del mismo, invariable para cada tipo de negocio y separado del móvil de la parte.
- 3) *Concepción unitaria*: Aúna las dos anteriores, entendiendo que la causa es tanto la función económico- social del negocio como el motivo del sujeto mismo; es decir, causa del negocio es la función de éste y el móvil de su autor.

¹²⁵⁹ Nuestra doctrina viene tratando ya desde largo el tema de la causa en los contratos administrativos, en este sentido J.M. BOQUERA OLIVER, *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, Revista de Administración Pública, núm. 23, 1957, pág. 205, dice que: “La sentencia de 18 de octubre de 1955 (Rep. Aranzadi, 1955, número 3126) declara “que, atendiendo a su finalidad de carácter público y a las formalidades que le precedieron, la convención debe calificarse de índole administrativa y comprendida, por tanto..., entre aquellas a que hace alusión el artículo de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa.”.

¹²⁶⁰ F. DE CASTRO BRAVO, *El negocio jurídico, civitas*, op. cit. pág.186, dice que: “ Como se habrá podido ver, la figura de la causa ha ido especializándose, como un medio para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar así que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social.”.

¹²⁶¹ X. O’CALLAGHAN, *Compendio de derecho...*, op. cit. pág. 258, dice refiriéndose a la causa en el contrato, que: “Es la causa de la relación obligatoria que se establece en el contrato; es decir, la causa de todo el contrato, en un sentido objetivo.”.

Finalmente apuntar que el profesor O'CALLAGHAN, X. considera que el Código civil sigue la teoría causalista manteniendo una concepción objetiva de la causa, de esta manera la causa del negocio jurídico es el fin objetivo o inmediato del mismo¹²⁶².

*Modulaciones de la teoría de la causa en el ámbito de los Contratos del Sector Público*¹²⁶³: Resulta indudable que la causa constituye uno de los elementos esenciales de los contratos del sector público¹²⁶⁴, si bien debido a las características que presenta este sector el requisito de la causa se modula cuando lo traspasamos a este tipo de contratación¹²⁶⁵. La modulación consistiría, a mi juicio, en distinguir dentro de la causa de los contratos del sector público entre una causa genérica y una causa específica. La causa genérica consistiría en que todo contrato que celebre un sujeto que forma parte del sector público ha de perseguir un fin de interés público; y la causa específica, consistiría en el fin concreto que se persigue en el contrato celebrado. De esta forma mientras que la causa genérica del contrato del Sector Público siempre será el interés general o interés público; la causa específica variará en función de las prestaciones que comprenda y el fin específico que se persiga con un determinado contrato.

¹²⁶² X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho...*, op. cit. pág. 258, dice sobre las teorías anticausalistas que: "Niegan la teoría de la causa, manteniendo que se confunde con el objeto en los contratos onerosos y con la voluntad o la declaración de voluntad (animus donandi) en los gratuitos." Y pág. 259.

¹²⁶³ La necesaria vinculación de la Administración a los fines públicos, ha sido puesta de manifiesto por nuestra mejor doctrina, así E. GARCÍA TREVIJANO GARNICA, *Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obras*, en homenaje al profesor José Luis Villa Palasí, Civitas, 1989, pág.467, dice que: "Sin embargo, la autonomía de la voluntad se ve matizada quizá no tanto respecto del contratista como de la Administración contratante, que encuentra un límite continuo a su actuación.". También el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010. Consulta. Actuación fiscal a seguir en el caso de fraccionamiento irregular del objeto del contrato, dice que: "...el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de noviembre de 1981, "el fin público en la causa del contrato es el elemento esencial del mismo.".

¹²⁶⁴ Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, entre otros en el Dictamen 2354/2004 donde dice: "...con una finalidad ulterior, que trasciende de los aspectos propiamente traslativos del dominio, de construir una clínica médico quirúrgica, siendo este fin de interés público la causa del contrato.".

¹²⁶⁵ I. CARRILLO DE ALBORNOZ ALFARO, *Las disposiciones comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas. Las actuaciones previas a la adjudicación*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 222, dice que: "... la Ley Foral impone la tramitación previa de un expediente de contratación, de contenido tasado, y en el que se debe justificar la procedencia del contrato para la satisfacción del fin público que se tenga encomendado, expresión que deberemos entender referida a la causa del contrato....".

Ha sido frecuente considerar que la causa en el contrato administrativo es siempre el interés público que persigue el contrato, circunstancia esta que resulta indudable, pero con esta afirmación se petrifica el uso de la causa en este sector, ya que independientemente de la prestación que comprenda el contrato la causa sería siempre la misma. Resulta evidente que la finalidad económico- social de un contrato por el que se encarga la elaboración de un dictamen a un abogado es distinta de la finalidad de un contrato de vigilancia¹²⁶⁶, siendo indudable que en ambos casos el fin reviste interés público (fin mediato), la distinción que se propone dotaría de un carácter más dinámico a la causa en los contratos del sector público, permitiendo utilizarla como lo que es, esto es, un instrumento técnico jurídico.

E) Forma.¹²⁶⁷

En el Código Civil español se proclama el principio de libertad de forma en materia de contratos (artículo 1278 Código Civil)¹²⁶⁸, no obstante, en determinadas ocasiones el legislador considera que el principio de libertad de forma debe ceder, por lo que establece algunas excepciones dirigidas a hacer presente a los contratantes la trascendencia del contrato que se pretende realizar¹²⁶⁹. En tales supuestos, el ordenamiento exige una forma determinada para que el mismo sea válido, con lo que ésta pasa a constituir un requisito más del contrato, puesto que sólo a través de ella puede ser expresada válidamente la voluntad contractual. La forma en el contrato puede tomarse en consideración, encuadrándola en dos grandes categorías:

¹²⁶⁶ El fin inmediato del contrato por el que se encarga un dictamen es proporcionar un trabajo en el que prima el componente intelectual, mientras que en la vigilancia es realizar una actividad complementaria a favor de la Administración.

¹²⁶⁷ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo* op. cit. pág. 415: “La formalización del contrato administrativo no afecta a su perfección. Aunque la forma es un requisito indispensable para comenzar con la ejecución del contrato”.

¹²⁶⁸ X. O’ CALLAGHAN; *Código Civil Comentado*, op. cit.; pág. 1281, dice que: “El Código Civil sigue el sistema espiritualista de contratación.”.

¹²⁶⁹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 186, dice que: “ Como se habrá podido ver, la figura de la causa ha ido especializándose, como un medio para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar así que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social. Surgió al lado del requisito de la forma, más simple y basto y ha sido utilizada para completarlo y también para sustituirlo.”.

La primera: cuando la forma tiene carácter *ad solemnitatem*. En este caso su inobservancia acarrea la invalidez del contrato que se considera nulo de pleno derecho. La forma tiene carácter *ad solemnitatem*, en dos casos: A) cuando así lo establece la ley. B) Cuando así lo acuerdan las partes.

La segunda: cuando la forma tiene carácter *ad probationem*, el documento no es más que un medio de prueba de la existencia y del contenido del contrato.

Una vez hechas las anteriores consideraciones generales, debe entrarse en el análisis de la forma en los contratos del sector público, habrá que acudir a lo previsto en el artículo 28 LCSP, para determinar qué valor tiene la forma en los contratos administrativos:

El artículo 28 del TRLCSP, dice que:

“1. Los entes, organismos y entidades de sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 113.1, carácter de emergencia.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111.”.

El artículo 156 del TRLCSP, dice que:

“1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrá incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de adjudicación.

2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 138.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111.

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano de competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

4. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 113 de esta Ley.”.

A tenor de estas consideraciones, se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre el valor de la forma en la contratación del sector público:

- La contratación pública es una contratación formal. La forma en el contrato del sector público no está configurada como *ad solemnitatem*, sino como *ad probationem*, debido a que su inobservancia no da lugar a la nulidad radical del contrato, si bien, en función de quien incumpla, la parte que se vea afectada por el incumplimiento de la otra, podrá instar la resolución del contrato y solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que se le haya causado.¹²⁷⁰
- La formalización del contrato, no es un requisito para la perfección del mismo (artículo 27 TRLCSP¹²⁷¹), pero si que es un requisito para que el contrato comience a producir sus efectos, salvo en la contratación de urgencia y en la de emergencia, en estos supuestos y debido al interés público que se pretende satisfacer con el contrato, quiebra el carácter formal a favor del interés público.
- Finalmente, el carácter formalista del contrato administrativo quiebra en la contratación verbal (artículo 113 del TRLCSP).

En función de todo lo que ha quedado expuesto, se puede señalar que la forma en la contratación pública, se va modulando teniendo diferentes intensidades, en función de las

¹²⁷⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit. pág. 709, dicen que: “Con todo, es importante advertir que la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo”.

¹²⁷¹ Recuérdese que estamos hablando de los contratos de las Administraciones públicas, y de los contratos sujetos a una regulación armonizada.

necesidades que se tratan de satisfacer, conociendo su máximo grado de flexibilización en el caso de la contratación de emergencia¹²⁷².

F) El precio del contrato.

Hasta ahora se ha analizado el contrato desde las bases conceptuales del derecho civil, haciendo precisiones acerca de las particularidades o modulaciones que presentan estos elementos cuando el que celebra un contrato es un ente del sector público. Ahora hay que apartarse de lo dispuesto en el Código civil¹²⁷³ para ocuparse del análisis de un elemento que es esencial para los contratos del sector público que es el precio, de esta forma el artículo 87.1 del TRLCSP habla de la necesidad de fijar un precio cierto para los contratos del sector público, configurándolo así como un elemento esencial para este tipo de contratos¹²⁷⁴. El precio del contrato se ha mostrado como una herramienta eficaz para garantizar la concurrencia en la contratación pública, así en el ámbito comunitario el precio es utilizado como mecanismo técnico, por medio de cual se ordena dar publicidad a determinados contratos considerados esenciales para la realización del mercado común. Por ese motivo, un elemento que no importancia en el campo civil, cobra un valor añadido en el ámbito del derecho administrativo. Muestra de la importancia capital que tiene el precio en

¹²⁷² En esta contratación brilla el principio de: *Salus populi suprema lex est*. En los casos de contratación de emergencia, el rigor y las garantías que implican los plazos procedimentales quiebran ante la necesidad de atender una situación de emergencia.

¹²⁷³ A modo de curiosidad podríamos decir que el Código civil exige precio cierto únicamente para los contratos de obras y de servicios (artículo 1544 del Código civil).

¹²⁷⁴ En la fijación del precio es necesario guardar un complicado equilibrio entre las necesidades que se pretenden satisfacer y el conceder un beneficio al empresario que a su vez le permita ejecutar el contrato adecuadamente, en este sentido J. JIMÉNEZ AYALA, *Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias*, Revista de Obras Públicas, 2004, núm. 3444, pág. 49, dice que: “De 1683 data la famosa carta de Sebastián Vauban Comisario de Fortificaciones de Luis XIV al Ministro francés de la Guerra en la que ya ponía de manifiesto aquellos de “...Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por confusión que causan frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista pierde hace lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrase a todo lo que puede, y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello...”.

los contratos del sector público, es la completa reglamentación que se encuentra en la Ley acerca de las formas de determinarlo.

Es interesante realizar un esfuerzo conceptual antes de abordar el análisis del precio en los contratos del sector público, el mismo tendría como objetivo delimitar dos conceptos que en ocasiones se confunden que son el concepto de *precio* en los contratos, y el *de pago o forma de pago*. Esta distinción se contiene en el artículo 87.1 del TRLCSP.

El precio, lo se puede definir como el valor que se da a las prestaciones que realiza el contratista y que ha de pagar la Administración; mientras que el pago¹²⁷⁵, ha de ser entendido como la forma en la que la Administración abonará al contratista las prestaciones que ha realizado¹²⁷⁶. El esfuerzo es motivado por el hecho de que no es infrecuente que algunos órganos de contratación al elaborar los pliegos, confundan conceptos y vinculen o mezclen el precio con los sistemas de pago.

Regulación del precio en el TRLCSP¹²⁷⁷: El precio en los contratos del sector público juega un papel esencial debido a que el mismo cumple una doble función, en primer lugar, constituye un instrumento esencial para dar publicidad a los contratos del sector público, en función de la cuantía del contrato el anuncio de licitación deberá publicarse en uno u en otro diario oficial¹²⁷⁸; y en segundo lugar, el precio es una garantía de la existencia de crédito presupuestario para abordar las obligaciones que nazcan del contrato¹²⁷⁹.

¹²⁷⁵ X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho...*, op. cit. pág. 122, dice que: "La palabra pago significa lo mismo que cumplimiento en sentido estricto y técnico." Al surgir del contrato obligaciones recíprocas, el término es predicable tanto para el contratista como para el ente del sector público que concierne el contrato.

¹²⁷⁶ Esta noción se extrae de lo dispuesto en el artículo 87 TRLCSP que dice que: "..., sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras leyes lo prevean."

¹²⁷⁷ Bien podría haberse titulado este epígrafe como: "Nueva regulación del precio en la LCSP", ya que la nueva ley ha introducido novedades significativas en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar.

¹²⁷⁸ Mediante la publicidad que se hace del contrato se garantiza la concurrencia a las licitaciones. El principio de publicidad ha sido escogido por el legislador como uno de los principios inspiradores de la nueva Ley, así lo dice el artículo 1 de la LCSP.

¹²⁷⁹ En este sentido el artículo 93.3.2º de la LCSP, dice que: "Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre."

El artículo 87 del TRLCSP, debe ser objeto de interpretación a partir del principio de control del gasto, este principio no impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio normal del mercado, por debajo del cual no pueden admitirse ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados en la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un “suelo” nos encontramos con un “techo” indicativo¹²⁸⁰.

El artículo 87.2 TRLCSP, dice que:

“El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.”.

A la vista de este apartado se puede señalar que la Administración al fijar el precio del contrato deberá hacerlo en dos partidas independientes, una en la que se fije el precio, y otra en la que establezca el IVA.

El artículo 87.3 TRLCSP, dice que:

“Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados¹²⁸¹, en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.”.

Se hace referencia expresa en este apartado a la revisión de precios en los contratos del sector público, distinguiendo en función de que quien celebre el contrato sea la Administración u otro ente del sector público, esto supone que mientras que la

¹²⁸⁰ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 185/2012, de 6 de septiembre de 2012, Recurso 170/2012.

¹²⁸¹ Sobre la revisión de precios, cabe citar el Informe 4/2003, de 12 de junio de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, que dice que: “Por otra parte, es claro que los índices o fórmulas de revisión de precios han de ser objetivos y deben poder operar tanto a favor como en contra de ambas partes contratantes.”.

Administración se encuentra con un sistema tasado de revisión de precios el resto de órganos del sector público gozan de libertad para establecer las formas de revisión¹²⁸².

El artículo 87.4 TRLCSP, dice que:

“Los contratos, cuando la naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación.”.

Este precepto constituye una feliz novedad que incorpora la nueva Ley ya que permite, de un lado, primar al contratista cuando ejecuta el contrato correctamente; y de otro, penalizarle cuando no cumple determinadas cláusulas contractuales¹²⁸³. No obstante, si se analiza con detenimiento la novedad no es tan saliente, ya que la legislación anterior permitía a la Administración establecer los pactos, cláusulas y condiciones que considerara conveniente, siempre que no fueran conformes a derecho (artículo 4 TRLCAP), en base al anterior precepto era admisible, al amparo de la normativa anterior de cláusulas de bonificación por buena ejecución, y penalización por ejecución defectuosa, en ese sentido la Ley no añade nada nuevo. No obstante, lo anterior, el contener una referencia expresa a esta posibilidad constituye, sin lugar a la duda una medida de fomento positiva, que invita a los órganos de contratación a que hagan uso de este instrumento jurídico.

El artículo 87.5 TRLCSP dice que:

“ Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y

¹²⁸² Esto supone una manifestación del fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública, ya que mientras que la Administración tropieza con un régimen tasado y estructurado de revisión de precios, el resto de los entes del sector público gozan de libertad pudiendo pactar en el contrato el sistema de revisión que concierten con la otra parte.

¹²⁸³ Hasta el momento las penalidades a las que se refería la normativa de contratos eran impuestas como consecuencia de un incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato; ahora alude a esta posibilidad referida a cualquier cláusula del contrato.

sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

- a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.
- b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.
- c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.”.

Este precepto constituye una novedad significativa desconocida por la legislación precedente, ya que permite excepcionar la regla del precio cierto de los contratos del sector público, creo que como excepción a la regla general ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Esta posibilidad parece lógica para aquellos casos en los que el sistema de selección de la oferta más ventajosa sea el dialogo competitivo, ya que se trata de un procedimiento marcado por la indefinición inicial de las prestaciones, afectando esa característica a la fase de presupuestación, como no podía ser de otra manera. Más allá de estos casos no parece razonable hacer uso de esta previsión ya que la misma resultaría ilógica, debido a que cuando se hace uso de otro sistema de selección se conocen perfectamente las prestaciones y no se plantean dudas a la hora de calcular el presupuesto del contrato.

El artículo 87.6 TRLCSP, dice que:

“En los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.”.

Finalmente el artículo 87.7 TRLCSP, dice que:

“ Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de

arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que esta u otra Ley lo autorice expresamente.”.

Valor estimado de los contratos: No se puede cerrar el apartado dedicado al precio de los contratos del sector público sin aludir a un nuevo concepto introducido por la LCSP, que es el de valor estimado de los contratos. Este nuevo concepto constituye una manifestación de la preocupación, por parte del legislador, porque el cálculo del precio de los contratos se realice de una manera precisa, evitando desviaciones. Hay que pensar que el control riguroso de la determinación del precio de un contrato satisface a los intereses públicos de una doble manera, en primer lugar, porque sirve al principio de concurrencia, principio que indudablemente redundará en los intereses del órgano de contratación, ya que cuanto mayor sea la concurrencia, mayor será la competencia y se presentarán mejores ofertas; por otro lado, un buen cálculo del precio tiene una indudable repercusión presupuestaria, ya que ese rigor evitará nuevas licitaciones, o ampliaciones del objeto, que siempre tendrán su impacto sobre los presupuestos administrativos.

El artículo 88.1 TRLCSP, dice que:

“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos se tendrá en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato.”.

Para el cálculo del valor estimado del contrato también nos interesa el artículo 88.2 TRLCSP, que dice que:

“La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.”.

El apartado 5 del artículo 88 establece unas reglas especiales para los contratos de suministros y de servicios, dice:

“En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un periodo de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

- a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.
- b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses.

La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan.”.

El apartado 6 del artículo 88 alude al contrato de servicios, diciendo que:

“En los contratos de servicios, a los efectos del cálculo de su importe estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades:

- a) En los servicios, la prima pagadera y otras formas de remuneración.
- b) En los servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.
- c) En los contratos relativos a un proyecto, los honorarios, las comisiones pagaderas y otras formas de remuneración, así como las primas o contraprestaciones que, en su caso, se fijen para los particulares en el concurso.
- d) En los contratos de servicios en que no se especifique un precio total, si tienen una duración determinada igual o inferior a cuarenta y ocho meses, el valor total estimado correspondiente a toda su duración. Si la duración es superior a cuarenta y ocho meses o no se encuentra fijada por referencia a un periodo de tiempo cierto, el valor mensual multiplicado por 48.”.

El apartado 7 del artículo 88 de la TRLCSP, contiene una regla para el cálculo del valor estimado, cuando el contrato se divida en lotes, señala que:

“Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes.”.

El apartado 8 establece una regla para el cálculo del valor estimado en el caso de los acuerdos marco y los acuerdos dinámicos de adquisición, dice que:

“Para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo o del sistema dinámico de adquisición.”.

Finalmente el artículo 302 contiene unas previsiones específicas para el contrato de servicios, bajo la rúbrica: “Determinación del precio”, según este precepto el lugar para establecer el sistema de determinación del precio en el pliego de cláusulas administrativas particulares, dispone que:

“En el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de las prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.”.

II. El expediente de contratación.

Al abordar el análisis del expediente de contratación en un apartado independiente y específico del presente trabajo se intenta resaltar la importancia que tiene esta parte del procedimiento¹²⁸⁴. El análisis tendrá como principal protagonista los contratos que celebren las Administraciones públicas¹²⁸⁵, si bien se hará una pequeña referencia a las obligaciones formales que en esta materia se imponen al resto de los sujetos que integran el sector público¹²⁸⁶.

El expediente administrativo, y en particular el expediente de contratación, es una de esas materias que no revisten gran interés para la doctrina, quizás por entenderse que se trata de

¹²⁸⁴ La primera nota a pie de página del presente apartado, quiero que empiece haciendo referencia al gran trabajo del profesor R. RIVERO ORTEGA *El expediente administrativo. De los legajos a los Soportes Electrónicos, segunda edición*, Thomson- Aranzadi, 2009, este trabajo me ha servido de inspiración directa, o indirecta para la elaboración de este apartado dedicado al expediente de contratación.

¹²⁸⁵ Ya que la obligación de formar expediente de lo actuado entendemos que es una obligación de las Administraciones públicas.

¹²⁸⁶ J.L. VILLAR PALASÍ, en *Apuntes de Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 283, llama al procedimiento de formación de la voluntad del órgano de contratación procedimiento de habilitación, señalando que: “El procedimiento de habilitación es el laborioso camino de integración de la voluntad administrativa, en sus aspectos formal y material; el iter contractus en el orden interno de la Administración.”.

operaciones internas que realiza el órgano de contratación, que no tienen ningún tipo de repercusión para los interesados, pero nada más lejos de la realidad, el expediente es una pieza clave en la contratación pública ya que durante su elaboración se completan operaciones tan importantes, como la delimitación del objeto del contrato, la selección del procedimiento de licitación¹²⁸⁷, la disponibilidad de crédito, se documenta el ejercicio de potestades administrativas, o las operaciones de liquidación del contrato. El expediente, es pues, el embrión del contrato, siendo determinante de la forma en la que se licita, cómo se configuran las prestaciones, etc.... Por lo tanto, el expediente es la mejor manera de penetrar en las entrañas de las decisiones que se adoptan en un procedimiento de contratación.

a) Consideraciones generales sobre los expedientes administrativos: RIVERO ORTEGA, R. lo define de la siguiente manera: “Expediente administrativo es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado¹²⁸⁸.”. Me adhiero a la definición propuesta por RIVERO, que creo que es el autor que con mayor acierto ha estudiado esta materia.

a.2) Principios informadores del expediente administrativo: RIVERO ORTEGA, R. ha apuntado una serie de principios que informan la elaboración del expediente administrativo y que por su interés se pasa a exponer.

En primer lugar, habla del principio de expediente, que debe concebirse como un principio de documentación y formalización del actuar administrativo. Este principio implica que la Administración ha de dejar una constancia escrita de todas sus actuaciones.

Los siguientes principios son, a mi juicio, complementarios del anterior y serían los principios de unidad y de complitud del expediente. El primero, supone que el expediente

¹²⁸⁷ El expediente sería el lugar en el que se argumentara acudir, por ejemplo, al procedimiento negociado por razones técnicas al entender que únicamente había una empresa capaz de ejecutar el contrato, lo que eliminaría o aniquilaría la posibilidad de concurrencia.

¹²⁸⁸ R. RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, op. cit. págs. 94 y 95, dice que: “y en último lugar, se refieren a un asunto determinado, luego existe una conexión entre los documentos en cuanto a su objeto y el fin para el que la Administración los recopila y ordena, que es el de formar o informar su criterio sobre un caso o una materia.”. En el caso de los contratos administrativos el asunto determinado será el contrato que se proponga celebrar la Administración.

debe ser entendido como un reflejo documental de la actuación administrativa en el procedimiento; el segundo, implica que el expediente ha de ser completo, esto es ha de contener todos los documentos sobre el asunto de que se trate.

a.3) Tipos de expedientes: Continuando con la excelente monografía del profesor RIVERO ORTEGA, R., hay que aludir a los distintos tipos de expedientes administrativos, haciendo un especial esfuerzo por encuadrar el de contratación en alguno de estos tipos. En primer lugar, se puede hacer referencia a los *expedientes personales* que son aquellos expedientes cuyo último documento no es necesariamente una resolución; en segundo lugar, los *expedientes informativos*, en los que la Administración recopila documentos sin un fin concreto o necesario de tomar una decisión al finalizar el procedimiento; y finalmente, los *expedientes procedimentales* (resolutivos), que son aquellos cuyo asunto es un caso con o sin connotaciones personales, pudiendo dar lugar a una resolución administrativa al final es aquí donde se encuadra el expediente de contratación.

b) Funciones que tiene el expediente administrativo. Especial consideración a las funciones del expediente de contratación: Es indudable que el expediente administrativo cumple o satisface una serie de funciones que se le plantean a la Administración, también es incontrovertible el hecho de que los expedientes, en función del procedimiento específico de que se trate cumplen una serie de funciones específicas o propias¹²⁸⁹. Por lo que debe distinguirse entre las funciones genéricas que tiene encomendadas todo expediente, y las funciones específicas que cumple el expediente de contratación.

Analizando las funciones genéricas de todo expediente administrativo cabe citar con el profesor RIVERO ORTEGA las siguientes: En primer lugar, la función informativa, debiendo ser entendida esta en una doble vertiente, de información a la Administración y de información a los ciudadanos¹²⁹⁰; la segunda función, que cumple el expediente es la de

¹²⁸⁹ A modo de ejemplo y como variedad de tipología de procedimientos podemos citar el procedimiento expropiatorio, o el procedimiento de concesión de una licencia urbanística.

¹²⁹⁰ R. RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, op. cit. págs. 185 y 186. En el caso del expediente de contratación esta doble función resulta evidente, ya que de una parte el expediente proporciona a la Administración información sobre la idoneidad de celebrar el contrato, en este sentido hay que recordar los artículos 93 y 22 de la LCSP que imponen a la Administración la obligación de valorar las necesidades que

servir de preparación a la toma de decisiones; la tercera es la función probatoria, ya que mediante el expediente se deja constancia escrita de las actuaciones realizadas por la Administración; también el expediente cumple una función controladora, ya que mediante su análisis se puede controlar el actuar de la Administración; advierte RIVERO ORTEGA una quinta función que es la racionalizadora, el autor desea que esta función sirva para que la Administración no actúe gestionando expedientes como si estos fueran compartimentos estancos sino que la información obrante en los distintos expedientes se intercomunique facilitándose de esta forma la gestión de los mismos; finalmente señala RIVERO que el expediente cumple una función de garantía de la calidad, siendo el expediente un instrumento idóneo para medir la calidad con la que se prestan los servicios¹²⁹¹.

Acerca de las funciones específicas del expediente de contratación cabe señalar que nuestra mejor doctrina ha destacado que cumple tres funciones: La primera, sería la de servir para definir el objeto del contrato¹²⁹²; la segunda función que cumple, es la de definir el contenido prestacional ya que en los pliegos se contienen los derechos y obligaciones de las partes; y por último, sirve como habilitación financiera, en este sentido hay que apuntar que al tramitar el expediente junto con los actos administrativos propiamente dichos, encontramos unos actos de contenido presupuestario cuya misión es garantizar que la Administración no concierte un contrato sin tener la cobertura presupuestaria suficiente¹²⁹³.

c) Delimitación conceptual del expediente de contratación¹²⁹⁴: El TRLCSP mantiene, a mi entender, una concepción restringida del concepto de expediente de contratación, ya que

tiene, dejando testimonio de esa valoración en el expediente; y en lo relativo a la función de información al interesado resulta igual de indubitado puesto que el licitador ha de conocer el contenido del expediente, en particular de los pliegos para realizar sus proposiciones.

¹²⁹¹ R. RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, op. cit. pág. 194.

¹²⁹² M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos*, en comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obra coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Thomson- Civitas, 2004, pág. 443.

¹²⁹³ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación...*, op. cit. pág. 445.

¹²⁹⁴ La legislación Navarra regula una figura a la que se la encomienda la gestión del expediente que es la unidad gestora del contrato, I. CARRILLO DE ALBORNOZ ALFARO, *Las disposiciones comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas...* op. cit. pág.223, dice que: “Establece el artículo 40.2 que la preparación de los contratos se desarrollará bajo el control y responsabilidad de la unidad administrativa a la

dentro de esta noción se incluyen exclusivamente las actuaciones que van desde que se inicia el procedimiento de contratación hasta que se acuerda iniciar el procedimiento de adjudicación del contrato¹²⁹⁵. Creo que es posible mantener una noción más amplia del concepto de expediente de contratación, en particular, si se tiene en cuenta que a lo largo de la vida del vínculo contractual pueden surgir vicisitudes de las que es preciso dejar constancia escrita en el expediente, como las prórrogas del contrato¹²⁹⁶, las modificaciones que se introduzcan en el mismo por razones de interés público¹²⁹⁷, la suspensión, entre otras. Todas estas vicisitudes conducen a pensar que el concepto de expediente contractual es más amplio que el manejado por el TRLCSP, ya que en virtud de los principios de unidad y de complitud del mismo, ya vistos, la documentación de estas vicisitudes debería incorporarse al expediente de contratación.

Por lo tanto se debe señalar que si bien la ley utiliza el término expediente de contratación de una manera restrictiva, su sentido ha de ser considerado más amplio puesto que así se infiere de lo dispuesto en el TRLCSP, y de la aplicación de los principios informadores de la elaboración de los expedientes administrativos.

d) La regulación del expediente de contratación en el TRLCSP. Tipos de tramitación: El TRLCSP ha optado por abordar la regulación del expediente de contratación desde el análisis de los tipos de tramitación del expediente, distinguiendo entre una tramitación ordinaria¹²⁹⁸, una abreviada que abarca la tramitación de urgencia y la de emergencia¹²⁹⁹, y una última que es la que afectaría a los contratos menores¹³⁰⁰.

que corresponda por razón de su objeto, unidad que, a los efectos de la Ley Foral, se denomina “unidad gestora del contrato”.

¹²⁹⁵ El artículo 110.1 TRLCSP dice que: “Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.....”.

¹²⁹⁶ Para las prórrogas del contrato de servicios ver el artículo 303 TRLCSP.

¹²⁹⁷ El artículo 202 de la LCSP impone la obligación de justificar las modificaciones dejando constancia en el expediente

¹²⁹⁸ La subsección 1ª, de la sección 1ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II de la TRLCSP lleva por rúbrica “Tramitación ordinaria”, abarca los artículos 109 y sig..

d.1) Tramitación ordinaria: La Ley impone al órgano de contratación como requisito previo a la celebración de un contrato la tramitación de un expediente de contratación¹³⁰¹, también cabe destacar que la Ley trata de buscar la racionalidad en la contratación exigiendo al órgano de contratación que defina correctamente las necesidades que pretende cubrir con el contrato y si con el mismo se van a cubrir esas necesidades¹³⁰².

El expediente debe abarcar la totalidad del objeto del contrato, salvo en aquellos casos en los que al amparo del artículo 109 de la Ley sea posible su división en lotes¹³⁰³.

Al expediente deben incorporarse los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares; salvo cuando el procedimiento de adjudicación sea el diálogo competitivo, ya que en este caso los pliegos se sustituyen por el documento descriptivo, también debe incorporarse certificado de existencia de crédito o documento que le sustituya¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ La subsección 2ª, de la sección 1ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II de la LCSP lleva por rúbrica “Tramitación abreviada”, que comprende dos tipos de tramitación, la de urgencia (artículo 112) y la emergencia (artículo 113).

¹³⁰⁰ De la tramitación de los contratos menores se ocupa el artículo 95.1 de la LCSP, incluyéndolos dentro de la tramitación ordinaria. No obstante, nosotros consideramos que sus especialidades justifican un análisis independiente de los mismos.

¹³⁰¹ Esta sería una manifestación del principio de expediente, que explica el profesor R. RIVERO ORTEGA, en el *Expediente administrativo...* op. cit.

¹³⁰² El artículo 109 trlscsp dice que: “ La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.”, por su parte el artículo 22 de la LCSP señala que: “ Los entes organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”.

¹³⁰³ Sobre el fraccionamiento del objeto del contrato son interesantes las consideraciones que al respecto hace el profesor M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación...* op. cit. pág. 443, dice que: “no se prohíbe el fraccionamiento del objeto del contrato de manera general y absoluta. Se prohíbe un tipo de fraccionamiento jurídicamente injustificable, aquel que se hace con el propósito (“con el objeto de”, *consilium fraudis*) de defraudar normas imperativas sobre publicidad y adjudicación.”.

¹³⁰⁴ El artículo 109.3 TRLCSP, dice que: “Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el diálogo competitivo regulado en la sección 5ª, del Capítulo I, del

Como ya ha quedado apuntado una de las funciones genéricas que cumple el expediente administrativo es la función de control, función que se acentúa en el expediente de contratación al exigir la Ley al ente que contrata la justificación tanto el procedimiento de adjudicación elegido, como de los criterios que tendrá en cuenta para hacer esa adjudicación¹³⁰⁵.

Brilla en el artículo 109.5 TRLCSP otro de los principios procedimentales comentados que es el *principio de unidad de expediente*, lo que supone que cuando varios órganos administrativos tramitan un contrato se debe tramitar un único expediente de contratación, en estos casos subyace una preocupación porque se garanticen las aportaciones económicas que hará cada órgano¹³⁰⁶, parece lógico que en estos casos se busque una unidad de actuación mediante la elaboración de un único expediente, por medio de esta unidad se consigue una mejor coordinación administrativa.

Una vez finalizada la tramitación del expediente se aprueba por el órgano de contratación y se ordena la apertura del procedimiento de adjudicación¹³⁰⁷, aprobándose el gasto salvo el

Título I, del Libro III, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 165.1

Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.”.

¹³⁰⁵ El artículo 109.4 TRLCSP dice que: “En el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.”.

¹³⁰⁶ Lo que supone una manifestación de una de las funciones específicas de los expedientes de contratación, cual es la función de habilitación financiera. El artículo 109 TRLCSP dice que: “Si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de distinta Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.”.

¹³⁰⁷ La naturaleza jurídica que presenta este acto por el que se acuerda abrir el procedimiento de adjudicación, a los efectos de poder interponer recursos, podemos apuntar dos posiciones doctrinales bien diferenciadas, la primera es la que mantiene M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatoria, tramitación...*, op. cit. pág. 442, que dice: “ En consecuencia, los vicios del expediente de contratación han de hacerse valer al impugnar el acuerdo de adjudicación del contrato, la exclusión del licitador o solicitante o, en general, cualquier acto recurrible dictado en el procedimiento de adjudicación.” y la mantenida por el profesor L. COSCULLUELA MONTANER, en *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 412 y sig. dice: “ A efectos de impugnación por los interesados de cualquiera de estos vicios debe señalarse que los correspondientes recursos o acciones impugnatorias se centran sobre dos actos administrativos: la resolución que aprueba el procedimiento de preparación del contrato, es decir los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato, el sistema

supuesto previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 150¹³⁰⁸, o que el órgano de contratación no sea el competente para aprobar el gasto, en cuyo caso deberá recabar la aprobación del gasto por el órgano competente¹³⁰⁹. La Ley introduce un factor de flexibilidad al permitir que los expedientes se ultimen con la adjudicación y formalización del contrato, creo que una medida como esta ha de entenderse que afecta a los contratos especialmente complejos. Como se sabe estos contratos tienen en la Ley un procedimiento específico de adjudicación que es el diálogo competitivo¹³¹⁰; por lo que entiendo que es una medida que tendrá impacto, entre otros casos, cuando se adjudique el contrato siguiendo el procedimiento de diálogo competitivo¹³¹¹.

de selección de contratista, la autorización del gasto, y ordena la obligada publicación del anuncio correspondiente; y la resolución por la que se adjudica el contrato.”. Nosotros nos inclinamos por la segunda postura que a nuestro juicio tiene un mejor acomodo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que encaja con el concepto de acto de trámite cualificado que maneja el artículo 107.1 de la LRJ-PAC; además esta tesis es la única que permite admitir la impugnabilidad de los pliegos puesto que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada del clausulado del contrato lo que unido al principio general del derecho que se inspira en el principio general de la buena fe, nadie puede actuar contra sus propios actos; y impugnar un pliego que se ha aceptado de una manera incondicional implica ir en contra de actos propios.

¹³⁰⁸ La letra a del apartado 3 del artículo 150 dice que: “La valoración de más de un criterio procederá, en particular en la adjudicación de los siguientes contratos: a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deben ser presentados por los licitadores.”. Una medida como esta parece ideada para aquéllos casos en los que el procedimiento de adjudicación sea el diálogo competitivo.

¹³⁰⁹ Es importante detenernos en este punto para hacer un apunte breve, en el sentido de diferenciar entre órgano competente para celebrar el contrato (órgano de contratación), y órgano competente para autorizar el gasto. Al tratarse de dos materias distintas, puede ser que ambos órganos no coincidan, siendo necesario en este caso que el órgano competente para autorizar el gasto lo autorice incorporándose la citada autorización al expediente de contratación. El artículo 94.1 de la LCSP dice que: “Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 134, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente.”.

¹³¹⁰ Sobra señalar que los contratos que se adjudican por el procedimiento de diálogo competitivo, adolecen de cierta indeterminación. Reconociéndose la misma por parte de la propia Ley de Contratos del Sector Público al regular este procedimiento, en el que el objeto del contrato va integrándose progresivamente.

¹³¹¹ El artículo 109 TRLCSP, dice que: “Los expedientes de contratación podrán ultimarse con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a la Ley.”.

d.2) *Tramitación abreviada del expediente*: Por una parte, se puede decir que el derecho Administrativo es un derecho que impone una serie de formalidades, plazos, trámites procesales, etc... que lo que buscan entre otros objetivos es garantizar el acierto de las decisiones que toma la Administración en la defensa de los intereses públicos; y por otro, trata de ofrecer una defensa a los ciudadanos que se ven afectados por el actuar de la Administración¹³¹². Hasta ahora se ha visto la tramitación ordinaria del procedimiento, pero cuando los intereses públicos lo aconseja la Ley tiene previstas otras formas de tramitar el expediente de contratación más rápidas y expeditivas, estas formas se engloban dentro de la tramitación abreviada del expediente que incluye dos procedimientos que son la tramitación de urgencia¹³¹³ y la de emergencia¹³¹⁴.

Anotesé que tanto en la tramitación de urgencia, como y principalmente en la emergencia el legislador lógicamente prevé una serie de medidas conducentes a la reducción de los plazos, que pueden afectar a la concurrencia, como sería la reducción de los plazos de presentación de ofertas (procedimiento de urgencia), o la selección directa del contratista (procedimiento de emergencia), lógicamente la aplicación de estos procedimientos debe ser objeto de una interpretación estricta y rigurosa, debiendo utilizarse exclusivamente en los casos en los que sean imprescindibles.

¹³¹² Durante el procedimiento se recaban datos, documentos que sirven para asegurar el acierto de los acuerdos que se toman. La documentación que integra el expediente, es o debe ser la base de las decisiones administrativas que se toman en el seno del mismo.

¹³¹³ Sobre la declaración de urgencia, I. CARRILLO DE ALBORNOZ ALFARO, *Las disposiciones comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas...* op. cit., pág.251, dice que: “No basta con la mera declaración formal de urgencia, sino que se precisa que esta situación efectivamente exista; no cabe, sin embargo, llegar a esta conclusión cuando ha habido objetivamente tiempo más que suficiente para haber podido tramitar el procedimiento de contratación en los plazos ordinarios, de haberse actuado con la suficiente antelación. Sin que quepa razonablemente por ello acudir a aplicar el excepcional tratamiento urgente, que no cabe utilizar simplemente para remediar el retraso en la instrumentación operativa de dicho Plan y cuyo retraso, de no haberse producido, razonablemente hubiera permitido a la Administración tramitar el expediente de contratación en la forma y plazos que la Ley establece como normales y sin necesidad, por ello, de acudir al supuesto de la tramitación urgente. Y es que la urgencia ha de referirse, como se ha indicado, a una situación objetiva y realmente existente, sin que la demora injustificada o la falta de la exigible eficacia en el actuar administrativo puedan tomarse como circunstancias determinantes que justifiquen aplicar el procedimiento excepcional de urgencia en lugar del ordinario.”.

¹³¹⁴ Tendremos ocasión de comprobar cómo las formalidades se relejan por razones de interés público, llegando a su grado máximo de flexibilidad en la tramitación de emergencia, en la que brilla la máxima *salus populi suprema lex est*.

*Tramitación de urgencia*¹³¹⁵: Pueden ser objeto de esta tramitación los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una *necesidad inaplazable* o cuya adjudicación sea *preciso acelerar por razones de interés público*¹³¹⁶, siendo necesaria la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación debidamente motivada¹³¹⁷. Como consecuencia de la declaración de urgencia el expediente de contratación goza de una serie de ventajas procesales que se detallan en el artículo 112.2 del TRLCSP¹³¹⁸.

¹³¹⁵ Sobre la tramitación de urgencia, N. VALERO LOZANO, *Régimen Jurídico de las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Consideración especial de las tramitaciones urgente y de emergencia*, Revista de Administración Pública, núm. 142, 1997, pág. 518, dice (citando una Sentencia del Tribunal Supremo) que: “Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 1992 señala que “se invocaron razones de urgencia que llevaron a excepcionar el sistema de subasta y acudir al concierto directo. Pero no puede apreciarse que existieran tales circunstancias de urgencia. La urgencia meramente subjetiva (causada por el retraso hasta el año 1989 de una ejecución ya prevista desde 1986), no permite considerar urgente-en forma objetiva-, lo que antes no lo era ya que, de aceptar tal criterio, podría quedar al arbitrio subjetivo lo que la Norma configura como necesidad apremiante o circunstancia imprevisible, con posibilidad de alterar los procedimientos de selección previstos como garantía del interés público.”:

¹³¹⁶ I. CARRILLO DE ALBORNOZ ALFARO, *Las disposiciones comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas...op. cit.* pág. 252, dice que: “Un toque de humor lo aporta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 20 de marzo (RJCA 2001/589), que señala, sobre la concurrencia del supuesto de urgencia o no, que “No puede entenderse como la imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación establecida en el artículo 183 d) de la LCAP, la celebración inminente de las Fiestas de Navidad 1997/98, toda vez que dicho evento se repite todos los años y es perfectamente previsible la ornamentación de determinadas vías públicas en tales fechas.”.

¹³¹⁷ El artículo 112.1 TRLCSP, dice que: “Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación debidamente motivada.”. Sobre la declaración de urgencia nos dice M. SÁNCHEZ MORÓN, en *Actuaciones preparatoria, tramitación...*, op. cit. pág. 448, que: “La urgencia debe ser declarada por el órgano de contratación, que ha de motivarla, lo que en la práctica suele hacerse en muchos casos mediante fórmulas que no pasan de reproducir vagas cláusulas generales. Sin embargo, puesto que entraña la reducción a la mitad de los plazos para la licitación, la motivación de la urgencia debería enunciar las razones concretas de interés público que hace precisa a mayor rapidez en la adjudicación o las causas de necesidad inaplazable. Pero, en línea de principio, no parece que una declaración injustificada de urgencia adquiera de por sí trascendencia invalidante de la adjudicación, salvo que se demuestre que tergiversa las reglas de la libre concurrencia.”.

¹³¹⁸ El artículo 112.2 TRLCSP, dice que: “Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades: a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos de que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes. Cuando la complejidad del expediente o cualquier otra causa igualmente justificada impida cumplir el plazo antes indicado, los órganos que deban evacuar el trámite lo pondrán en conocimiento del órgano de contratación que hubiese declarado la urgencia. En tal caso el plazo quedará prorrogado hasta diez días. b) Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en esta Ley para la licitación

Tramitación de emergencia: Se debe partir la exposición recordando que la misión de la Administración es la defensa de los intereses generales¹³¹⁹, por eso cuando concurren determinadas circunstancias la Administración debe actuar inmediatamente¹³²⁰, esas circunstancias son los acontecimientos catastróficos¹³²¹, las situaciones que supongan un grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional¹³²². Cabe señalar que en

y adjudicación se reducirán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 135.4 como periodo de espera antes de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional, que quedará reducido a diez días hábiles. No obstante, cuando se trate de procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada, esta reducción no afectará a los plazos establecidos en los artículos 142 y 143 para la facilitación de información a los licitadores y la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto. En los procedimientos restringidos y los negociados en los que conforme a lo previsto en el artículo 161.1, proceda la publicación de un anuncio de la licitación, el plazo para la presentación de solicitudes de participación podrá reducirse hasta quince días contados desde el envío del anuncio de licitación, o hasta diez, si este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y el plazo para facilitar la información suplementaria a que se refiere el artículo 150.4 se reducirá a cuatro días a partir de la fecha de envío de la invitación para presentar ofertas. c) La Administración podrá acordar el comienzo de la ejecución del contrato aunque no se haya formalizado éste, siempre que, en su caso, se haya constituido la garantía correspondiente. D) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la notificación de la adjudicación definitiva. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada.”.

¹³¹⁹ El artículo 103.1 de la Constitución Española de 1978, dice que: “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales.....”. En este caso la Constitución marca la finalidad y la orientación de las actuaciones de la Administración, en orden a defender los intereses generales de una manera objetiva.

¹³²⁰ En estos casos la Administración ha de actuar rápidamente para defender los intereses generales, sin que sea posible que se proceda a la tramitación de un expediente administrativo. Una solución diferente atentaría contra la propia razón de ser de la Administración, que deber satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

¹³²¹ Para interpretar esta causa se puede acudir a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

¹³²² Sobre la tramitación de emergencia, cabe citar el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del TRLCAP, sienta los siguientes criterios: 1) La llamada tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del TRLCAP, que, en realidad, es un régimen excepcional caracterizado por la dispensa de tramitar el expediente, solo procede en los casos taxativos del apartado 1 de dicho artículo, es decir, acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional; 2) La tramitación de emergencia, por su mismo concepto excepcional, solo podrá utilizarse cuando no sea posible la tramitación urgente (artículo 71 TRLCAP) o la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por motivos de urgencia (ARTS 141.c, 182.d, 210.c); 3) La apreciación de la emergencia corresponde exclusivamente al órgano de contratación si bien dentro de los parámetros previstos en el artículo 72 sin que a diferencia de la tramitación de urgencia, requiera una especial declaración, bastando la posterior justificación documental; 4) La tramitación de emergencia debe limitarse a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños de la situación de emergencia.

esta tramitación debe brillar especialmente el principio de eficacia que inspira el actuar de la Administración¹³²³.

De la regulación que de este procedimiento hace el artículo 113 TRLCSP se destaca lo siguiente:

- Se trata de un procedimiento excepcional, debido a esa excepcionalidad los supuestos por los que se acude a este al mismo han de ser objeto de una interpretación estricta¹³²⁴.
- El órgano de contratación puede ordenar la ejecución de lo necesario sin tramitar expediente alguno¹³²⁵.
- Se puede contratar libremente el objeto del contrato, en todo o en parte sin sujetarse a los requisitos formales de la Ley.
- Se libran fondos con carácter a justificar.
- Posteriormente se tramitará el gasto.
- Todas aquellas actuaciones que sirvan para completar el objeto y que no tengan el carácter de emergencia se tramitarán por el procedimiento ordinario¹³²⁶.

*d.3) Expediente de los contratos menores*¹³²⁷: El TRLCSP incluye dentro de la tramitación ordinaria del expediente a los contratos menores¹³²⁸, yo he optado por

¹³²³ El artículo 103.1 de la Constitución, dice que: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales, y actúa conforme a los principios de eficacia,....”. El principio de eficacia entronca claramente con la satisfacción de los intereses generales, ya que su mejor tutela exige una labor rápida y diligente de la Administración. Se trata por lo tanto de dos principios complementarios.

¹³²⁴ El artículo 113.1 TRLCSP dice que: “Cuando la Administración....., se estará al siguiente régimen excepcional....”.

¹³²⁵ El artículo 113.1.a trlscsp dice que: “El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.”.

¹³²⁶ El artículo 113.2 TRLCSP dice que: “Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.”.

¹³²⁷ Para los contratos de servicios el importe del contrato para que pueda ser tramitado como contrato menor debe ser inferior a los 18.000 euros.

analizar este tipo de contratos de una manera independiente ya que entiendo que su tramitación presenta notas sustantivas¹³²⁹ que permiten tomar una decisión de este estilo.

El artículo 111 del TRLCSP que lleva por rúbrica “Expediente de contratación en contratos menores¹³³⁰”, dice que:

“1. En los contratos menores¹³³¹ definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente¹³³² sólo exigirá¹³³³ la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la

¹³²⁸ Subsección 1ª, del capítulo I, del título I, del libro II que lleva por rúbrica: “Tramitación ordinaria”.

¹³²⁹ La sustantivación de este tipo viene dada por la simplicidad con la que se tramita el expediente administrativo. El escaso valor del contrato, simplifica notablemente la tramitación administrativa, a la que únicamente se exigen unos leves requisitos formales, como la aprobación del gasto y la incorporación de la factura al expediente. Quizá, aquí la Ley es demasiado leve en la regulación, y debería aumentar el rigor y el control sobre este tipo de contratos.

¹³³⁰ Informe 2/1997 de 14 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid: “ Que en el supuesto de que el órgano de contratación optase por utilizar la figura del contrato menor, se entiende conveniente, debido a que la ejecución del contrato de consultoría y asistencia de dirección de obras se extenderá a un largo período de tiempo, durante el cual existen derechos y obligaciones, formalizar un documento contractual en aras de una mayor seguridad jurídica.”. También Informe 4/98, de 2 de marzo de 1998, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: “Las normas que, relativas a contratos menores, contiene la Ley de Contratos de las administraciones Públicas son normas relativas a la preparación y adjudicación de contratos, teniendo encaje el supuesto consultado de contratación de artistas, compañías y grupos musicales y teatrales en el artículo 292 de la propia Ley de Contratos de las administraciones Públicas.”.

¹³³¹ Informe 2/1997 de 14 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid: “ Que el órgano de contratación puede utilizar la figura del contrato menor, de acuerdo con los artículos 57 y 202 de la LCAP, sin que haya obstáculo legal para que igualmente pueda optar por cualquiera de los otros procedimientos y formas de adjudicación previstos en el artículo 209 de la LCAP, incluso el procedimiento negociado sin publicidad en razón a la cuantía del presupuesto del contrato, debiéndose tener en cuenta, en todo caso, las limitaciones establecidas respecto a la subasta.”. También el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/95, de 7 de marzo de 1996: La posible coincidencia de cifras determina la posibilidad de acudir al contrato menor, o al procedimiento negociado sin publicidad, correspondiendo la elección al órgano de contratación.

¹³³² Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 13/96, de 7 de marzo de 1996, dice que: “Así será exigible en todo caso la tramitación del expediente de contratación, si bien queda excluida incorporación al mismo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas...”. Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995: “La palabra expediente que utiliza el artículo 57 de la vigente Ley de Contratos de las administraciones Públicas ha de interpretarse, en el contexto de dicho precepto, en el sentido amplio equivalente al conjunto de actuaciones que pueden llegar, incluso, hasta adjudicación del contrato”. Joaquín Torno Mas; *De las Actuaciones relativas...*, op. cit., pág. 299, dice que: “La singularidad reside en la previsión de un expediente mucho más flexible, no en el elemento de la formalización, en relación al cual nada se dice”.

¹³³³ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/95, de 7 de marzo de 1996: “ La celebración de un contrato menor solo y exclusivamente requiere los requisitos establecidos en el artículo 57

factura correspondiente¹³³⁴, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.¹³³⁵”.

Como se puede comprobar, en el caso de los contratos menores la simplificación administrativa llega a la máxima expresión. En estos casos se reducen al máximo las cargas administrativas, proporcionando a los gestores un instrumento fácil de tramitar, la razón hay que buscarla en que en el caso de los contratos menores el legislador no considera necesario suscitar ni la más mínima concurrencia, debido a la escasa cuantía de las prestaciones del contrato.

La figura del contrato menor merece una reflexión profunda desde la óptica del derecho comunitario, en particular, creo que la reflexión debe centrarse en estudiar si al amparo de

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de los que, con carácter general, resultan del artículo 11 de la propia Ley.”.

¹³³⁴ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/98, de 11 de junio de 1998, dice que: “Ninguna norma especial contiene la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la duración y pago de los contratos menores, por lo que, en estos aspectos deben aplicarse las normas existentes según el tipo de contrato menor de que se trate (obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios). En particular puede suscitar dudas interpretativas, la circunstancia de que el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la factura correspondiente...la expresión “factura correspondiente” utilizada por el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no excluye la posibilidad de que existan diversas facturas en los contratos menores cuando expresamente se hayan pactado abonos a cuenta, atendiendo fundamentalmente al ritmo requerido en la ejecución de la prestación. Informe 50/1997, de 2 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: “La expresión “factura correspondiente” no excluye la posibilidad de que existan diversas facturas en los contratos menores cuando expresamente se hayan pactado abonos a cuenta, atendiendo fundamentalmente al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.”. Informe 50/1997, de 2 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: “La expresión “factura correspondiente” no excluye la posibilidad de que existan diversas facturas en los contratos menores cuando expresamente se hayan pactado abonos a cuenta, atendiendo fundamentalmente al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.”.

¹³³⁵ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1995 de 7 de marzo de 1995: “Como conclusión de este apartado debe sostenerse, por tanto, que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos menores sólo exigen para su celebración los requisitos establecidos en el artículo 57, que la cuantía de los mismos no exceda de las señaladas en los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley y los resultantes del artículo 11 en los términos que han quedado señalados.”. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 4/1998, de 2 de marzo: “La contratación de artistas, compañías y grupos de teatro y música debe ser incluida en el tipo de contrato menor de servicios por aparecer exclusivamente mencionada en la categoría 26 del artículo 207 (actual 206), teniendo encaje en el artículo 201 cuando su cuantía no excede de 2 millones de pesetas.”. Como puede comprobarse el expediente de contratación llega a su máxima expresión en los contratos menores, en los cuales las cargas burocráticas se reducen notablemente. El motivo lo encontramos en que en estos contratos, debido a lo poco importante de las cuantías no tiene sentido imponer grandes cargas burocráticas a la Administración.

los principios comunitarios tiene sentido la existencia de esta figura, o si por el contrario debe desaparecer, en este sentido se debe recordar como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en múltiples ocasiones que los principios inspiradores de la contratación pública, son de aplicación a todos los contratos que liciten los poderes adjudicadores independientemente de la cuantía de los mismos¹³³⁶; las adjudicaciones directas de los contratos públicos parecen contrarias al derecho comunitario¹³³⁷, siendo este el núcleo del debate sobre los contratos menores. Simplemente añadir, que por medio de estas líneas se ha dejado planteada la almendra central del debate que gira en torno a los contratos menores, no siendo posible hacer las mismas más que eso, ya que un análisis profundo de la figura excedería los objetivos del trabajo, no obstante lo anterior este es un debate que ya se ha iniciado por nuestra doctrina más cualificada, que se lamenta de la oportunidad perdida por parte de la LCSP¹³³⁸ (ahora TRLCSP).

La existencia de un procedimiento de adjudicación de contratos por el sector público, sin que se imponga, por el legislador ni la más mínima concurrencia puede considerarse como una distorsión dentro de nuestro sistema de contratación pública.

e) Los pliegos de condiciones y las condiciones especiales de ejecución del contrato:

¹³³⁶ Asunto C-264/03, de 20 de octubre de 2005, dice que: "...pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad."

¹³³⁷ J.A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Principales novedades y aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Castilla La Mancha, núm. 44, 2008, pág.154, dice que: "Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor. El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción "más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos", y se ha lamentado de que las Directivas sobre recursos en vigor no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad (STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle, apartado 37)).

¹³³⁸ J.A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos...*, op. cit. pág. 155, dice que: "En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de concurrencia....".

Frente a la contratación civil que tiene un carácter marcadamente antiformalista¹³³⁹, la contratación administrativa presenta una estructura formal que aparece configurada por el TRLCSP. Dentro de esta estructura formal se advierte la existencia de un instrumento técnico esencial para definir los derechos y obligaciones de las partes, y el objeto del contrato que son los pliegos, que constituyen la Ley del Contrato¹³⁴⁰. Los pliegos responden a una variada tipología, cuyo análisis se tratará de abordar sistemáticamente analizando cada tipo de pliego.

e.1) Los *pliegos de cláusulas administrativas generales*:

Los pliegos de cláusulas administrativas generales se erigen en un mecanismo que sirve para garantizar los intereses de la Administración, son se podría decir fruto de la experiencia¹³⁴¹. Se ha discutido acerca de cuál es su verdadera naturaleza jurídica. La discusión se ha centrado en si tienen valor normativo¹³⁴², o si por el contrario son simples cláusulas contractuales¹³⁴³; actualmente parece pacífico el carácter no normativo de los

¹³³⁹ Testimonio del carácter antiformalista de la contratación civil es el artículo 1278 del Código civil, que dice que: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez.”.

¹³⁴⁰ En relación con el carácter de Ley del Contrato de los Pliegos, el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 092/2012, de 18 de abril, Recurso 069/2012, ha señalado que: “Los pliegos con la Ley del contrato que debe ser cumplida por todos los licitadores y por la entidad contratante.”. También la Resolución de ese mismo Tribunal 070/2012 de 21 de marzo de 2012, que dice que: “..es preciso reiterar el criterio de este Tribunal, puesto de manifiesto en resoluciones anteriores, en el sentido de que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes, y al pliego hay que estar, respetar y cumplir....”. También es una doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, la que afirma que los pliegos son la Ley del Contrato, en este sentido ver STS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1983).

¹³⁴¹ Decimos que son fruto de la experiencia porque en los mismos se acogen cláusulas que tratan de velar por los intereses de la Administración, cláusulas que se introducen sobre la base de experiencias previas. J. TORNO MAS, *Título III de las Actuaciones Relativas a la Contratación, en Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coor. Gomez Ferrer, Thomson- Civitas, 2ª edición, 2004, pág. 280, dice que: “ los pliegos de condiciones generales pretenden garantizar cláusulas contractuales de salvaguarda que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables y que permitan evitar la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada funcionario competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos.”.

¹³⁴² A favor del valor normativo de los pliegos generales se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de marzo de 1988, y 16 de marzo de 1996.

¹³⁴³ A favor del carácter no normativo de los pliegos de cláusulas administrativas generales, podemos citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 71/1999 de 11 de abril, que dice que: “son

pliegos generales¹³⁴⁴, carácter que parece que ha sido asumido por el legislador al incluir en los reglamentos de desarrollo de la Ley estipulaciones que antes se contenían en los pliegos generales.

Pasando a la regulación que contiene la nueva LCSP de los pliegos generales, hay que señalar que no introduce la Ley ninguna novedad en esta materia. Así aparecen regulados en el artículo 114 del TRLCSP en los mismos términos que lo hacían anteriormente el artículo 48 del TRLCAP. Pueden aprobar los pliegos generales el Estado¹³⁴⁵, las Comunidades Autónomas y las entidades locales¹³⁴⁶, previéndose una especialidad con respecto a los contratos que se celebren en el Estado para la adquisición de bienes y servicios relacionados con las tecnologías de la información¹³⁴⁷.

Naturalmente la finalidad de la LCSP es que se apruebe un pliego de cláusulas administrativas generales, para cada uno de los contratos administrativos tipo, hecho este que hasta el momento no ha sucedido.

e.2) Los *pliegos de cláusulas administrativas particulares*¹³⁴⁸:

documentos que establecen los pactos y condiciones, los derechos y obligaciones que asumen las partes, es decir, el contexto en el que se desarrollará el vínculo jurídico que entre ambas se formaliza por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación del contrato.”.

¹³⁴⁴ J. TORNO MÁS, *Título III de las Actuaciones...*, op. cit. pág. 281, dice que: “Estamos ante piezas de un contrato que extraen su fuerza de su inclusión en el contrato por las partes contratantes. Este carácter no normativo justificaría que los pliegos de cláusulas particulares puedan modificar los Pliegos generales...”.

¹³⁴⁵ El artículo 114.1 TRLCSP dice que: “ El Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, y previo dictamen del Consejo de Estado, podrá aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, que deberán ajustarse en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales.”.

¹³⁴⁶ El artículo 114.3 TRLCSP dice que: “ Las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma, si lo hubiera.”.

¹³⁴⁷ El artículo 114.2 TRLCSP dice que: “ Cuando se trate de pliegos generales para la adquisición de bienes y servicios relacionados con las tecnologías para la información, la propuesta al Consejo de Ministros corresponderá conjuntamente al Ministro de Economía y Hacienda y al Ministro de Administraciones Públicas.”.

¹³⁴⁸ En la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares debe tomarse en consideración el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 35/08, de 25 de abril de 2008, titulado

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen un elemento esencial para la delimitación del objeto del contrato, en particular en lo referente a los derechos y obligaciones de las partes¹³⁴⁹.

Muestra de la importancia que tiene este tipo de pliegos, vemos como el TRLCSP se preocupa del momento en el cual los pliegos han de ser aprobados, aprobación que se vincula con el gasto¹³⁵⁰ debiendo ser previa o simultánea a la fase de autorización del mismo¹³⁵¹, y en todo caso siempre antes de la licitación, y de no existir esta antes de su adjudicación provisional¹³⁵². Estas previsiones parecen lógicas, ya que difícilmente puede adjudicarse un contrato si no se delimitan correctamente las obligaciones que nacen del mismo.

Sobre el contenido de los pliegos de cláusulas particulares se pronuncia el artículo 115.2 de la Ley que dice que incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones contenidas en la LCSP y sus normas de desarrollo¹³⁵³; como ejemplo de mención contenida en la Ley con respecto al contrato de servicios. Cabe citar el artículo 301.2 de la misma, precepto en el que el legislador hace una invitación a los órganos de contratación para que los contratos que

“Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos.”.

¹³⁴⁹ J. TORNO MAS, *Título III las Actuaciones....*, op. cit. pág. 282 dice que: “Los Pliegos de cláusulas particulares se han definido como el documento base del contrato con arreglo al cual éste debe ser cumplido, al incluirse en dichos Pliegos los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes.”.

¹³⁵⁰ Con este precepto podemos vislumbrar las vinculaciones que mantienen el derecho administrativo y el derecho presupuestario; la trabazón que se produce entre estas dos ramas del ordenamiento jurídico. Recuérdese que en todo contrato administrativo, se engarzan aspectos jurídicos con presupuestarios, ya que el contrato constituye en sí mismo una línea de gasto.

¹³⁵¹ Se entremezclan aquí actos que tienen un contenido presupuestario, con actos administrativos. Esta cuestión se analizará con más detalle en otro momento del presente trabajo.

¹³⁵² Artículo 99.1 de la LCSP dice que: “Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación provisional.

¹³⁵³ Dice el artículo 99.2 de la LCSP que: “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo....”.

afecten a derechos amparados por la propiedad intelectual o industrial contengan previsiones relativas a la cesión de estos derechos a la Administración; en caso contrario, la Ley establece una presunción de cesión de los mismos al ente contratante¹³⁵⁴. También contiene el precepto comentado una especialidad que afecta a los contratos mixtos, en los que los pliegos de cláusulas particulares deberán establecer lo relativo a los efectos, cumplimiento y a la extinción del contrato¹³⁵⁵; este régimen habrá de tomar en consideración las especialidades que la Ley establece para cada tipo de contrato¹³⁵⁶.

Se ha dicho que los pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen la Ley del contrato, la expresión ley del contrato no ha de ser entendida en el sentido técnico jurídico de ley, sino en el de que el contrato constituye una normativa que se dan las partes regular sus respectivas obligaciones por lo que debe entenderse en el sentido del artículo 1091 del Código civil¹³⁵⁷, así lo ha considerado la mejor línea jurisprudencial¹³⁵⁸, tesis que asume el artículo 115.3 de la misma¹³⁵⁹.

¹³⁵⁴ Dice el artículo 301.2 de la Ley que: “Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de la propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1.”.

¹³⁵⁵ Dice el artículo 115.2 in fine TRLCSP, que: “En el caso de los contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”.

¹³⁵⁶ Este inciso del artículo 115.2 TRLCSP va en consonancia con el cambio de rumbo que ha operado la ley, con respecto a los contratos mixtos, y que ya ha sido debidamente comentado.

¹³⁵⁷ El artículo 1091 del Código civil dice que: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”.

¹³⁵⁸ En este sentido cabe citar la Sentencia de 25 de julio de 1986 que dice que: “si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia no se cansan de repetir que tales Pliegos con la ley del contrato, expresión por cierto metafórica, ello, como es natural, no puede entenderse sino en el sentido de que se trata de un poder normativo inter partes, dentro de un plano de subordinación a las normas u principios superiores del ordenamiento jurídico.”.

¹³⁵⁹ Dice el artículo 115.3 TRLCSP, que: “Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos.”.

La competencia para la aprobación de los pliegos corresponde al órgano de contratación, que podrá aprobar modelos de pliegos particulares¹³⁶⁰ para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga¹³⁶¹.

Finalmente requieren informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa los pliegos particulares que contengan estipulaciones contrarias a los Pliegos Generales¹³⁶².

e.3) Los *pliegos de prescripciones técnicas*:

En primer lugar, se alude a los pliegos de prescripciones técnicas particulares. Estos pliegos deben aprobarse con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de la adjudicación. Así mientras que los pliegos de cláusulas particulares tienen por objeto establecer derechos y obligaciones para las partes, los de prescripciones técnicas cumplen la función de establecer las condiciones técnicas que debe tener la prestación que se ha contratado.

La Ley regula la posibilidad de aprobar en la Administración General del Estado pliegos de prescripciones técnicas generales¹³⁶³.

¹³⁶⁰ Se advierte en este punto un pequeño cambio de denominación, ya que el TRLCAP en su artículo 49 hablaba de modelos tipo, mientras que la LCSP habla simplemente de modelos.

¹³⁶¹ Así lo dice el artículo 115.4 TRLCSP. En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social los pliegos modelo requieren el informe del Servicio Jurídico. No siendo necesario cuando el pliego modelo se ajuste a uno previamente aprobado e informado, así lo dice el artículo 115.6 TRLCSP. Aunque también se podía hablar de que con esa previsión se busca una coherencia en la actuación de la Administración.¹³⁶¹ Es la naturaleza análoga la que justifica la aprobación de los pliegos modelo. Una previsión como esta se fundamenta, en el principio de eficacia que inspira la actuación de la Administración y que recoge el artículo 103.1 de la Constitución. Debemos advertir que determinadas prestaciones del sector público, se contratan en masivamente, parece lógico que en estos casos se elaboren unos pliegos modelo que sirvan para agilizar la contratación.

¹³⁶² Así lo establece el artículo 115.5 que dice que: “La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales.”. Si bien es necesario recordar que conforme a la disposición final séptima de la Ley, este precepto no tiene carácter básico. En base a este precepto se advierte una cierta jerarquización entre los pliegos generales y los particulares; el motivo de la misma se deduce de la finalidad que se ha señalado que tienen los pliegos generales.

¹³⁶³ El artículo 116.2 de la Ley, dice que: “Previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá establecer los pliegos de prescripciones técnicas generales a que hayan de ajustarse la Administración General

El establecimiento de condiciones técnicas, por parte de los órganos de contratación, constituye un instrumento mediante el cual se puede potenciar la contratación con determinadas empresas en detrimento de otras¹³⁶⁴, por ese motivo ha llamado la atención de las instituciones comunitarias, que han adoptado medidas tendentes a evitar el citado efecto¹³⁶⁵.

Las prescripciones técnicas deberán establecerse basadas en los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos con carácter general, y cuando el objeto del contrato lo permita deberán buscar criterios de sostenibilidad y protección ambiental¹³⁶⁶. El establecimiento de prescripciones técnicas debe permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores¹³⁶⁷.

El TRLCSP en su artículo 117.3 establece una serie de precisiones para fijar prescripciones técnicas, a mi juicio, la enumeración contenida en el precepto debe entenderse como una

del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales.”.

¹³⁶⁴ J. TORNO MAS, *Título III de las Actuaciones.....*, op. cit. pág. 292 y 293, dice que: “La inclusión en los Pliegos de prescripciones técnicas de determinadas condiciones que sólo pudieran cumplir, o beneficiar, a las empresas nacionales, podía convertirse en un claro ejemplo de medida de efecto equivalente. Estas medidas pueden consistir en la reserva de otorgamiento del contrato a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional, o también, adoptando una forma más sutil, en la imposición de condiciones técnicas para la contratación que favorecen a las empresas nacionales.”.

¹³⁶⁵ El artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro u de servicios; se dedica al establecimiento de las “Especificaciones técnicas”, conteniendo una regulación de detalle que lo que procura es evitar la discriminación en el establecimiento de las prescripciones técnicas.

¹³⁶⁶ El artículo 117 TRLCSP, dice que: “ Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.”.

¹³⁶⁷ Artículo 117.2 de la Ley, dice que: “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”.

invitación o sugerencia, ya que el precepto utiliza el término “podrán”¹³⁶⁸, cuando las prescripciones técnicas se fijan en la forma prevista en el artículo 117.3.a de la Ley; la Ley establece una limitación al órgano de contratación a la hora de rechazarlas, prohibiéndoselo¹³⁶⁹. También se contienen en el artículo 117.5 del TRLCSP previsiones específicas para cuando las prescripciones técnicas se establezcan en términos de rendimiento o de exigencias funcionales¹³⁷⁰, o en el artículo 117.6 de la Ley para cuando se establecen prescripciones medio ambientales¹³⁷¹. El artículo 117.7 de la Ley dice que debe

¹³⁶⁸ El artículo 117.3 TRLCSP, dice que: “ Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas: a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”. b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación. c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a). d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para todas.”.

¹³⁶⁹ El artículo 117 de la Ley, dice que: “ Cuando las prescripciones técnicas se definan en la forma prevista en la letra a) del apartado anterior, el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondiente prescripciones técnicas. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado.”.

¹³⁷⁰ El artículo 117 de la Ley, dice que: “ Cuando las prescripciones se establezcan en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrá rechazarse una oferta de obras, productos o servicios que se ajusten a una norma nacional que incorpore una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o al sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, siempre que estos documentos técnicos tengan por objeto los rendimientos o las exigencias funcionales exigidos por las prescripciones.

En estos casos, el licitador debe probar en su oferta, que las obras, productos o servicios conformes a la norma o documento técnico cumplen las prescripciones técnicas establecidas por el órgano de contratación. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrá constituir un medio adecuado de prueba.”.

¹³⁷¹ El artículo 117.6, dice que: “ Cuando se prescriban características medio ambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, podrán utilizarse prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier

entenderse por organismo técnico oficialmente reconocido¹³⁷². Finalmente el artículo 117.8 del TRLCSP establece un límite al establecimiento de especificaciones técnicas¹³⁷³.

e.4) Condiciones especiales de ejecución:

La contratación pública ha experimentado un cambio radical desde la legislación del siglo XIX a la actualidad, el cambio más trascendente se produce a mi entender en la concepción que se tiene de la misma, me atrevo a hablar de cambio de filosofía. Actualmente la contratación pública se concibe como un instrumento transversal que no sólo tiene como fin proveer de bienes y servicios al sector público, sino que puede ser utilizada como una herramienta eficaz para el fomento de determinadas políticas públicas relacionadas con la protección del medio ambiente¹³⁷⁴, o el empleo y la formación en el trabajo¹³⁷⁵.

otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción haya podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas.

Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.”.

¹³⁷² El artículo 117.7, dice que: “ A efectos del presente artículo, se entenderá por “organismos técnicos oficialmente reconocidos” aquellos laboratorios de ensayos, entidades de calibración, y organismos de inspección y certificación que, siendo conformes con las normas aplicables, hayan sido oficialmente reconocidos por las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los órganos de contratación deberán aceptar los certificados expedidos por organismos reconocidos en otros Estados miembros.”.

¹³⁷³ El artículo 117.8 dice que: “Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, no hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.

¹³⁷⁴ Muestra de esta nueva visión que se tiene de la contratación pública es la Orden Pre/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (B.O.E. núm. 27, de 31 de enero de 2008), dentro de los objetivos específicos de este plan encontramos el establecimiento de directrices para la incorporación de criterios ambientales en las distintas fases de la contratación.

Es en el ámbito apuntado anteriormente en el que se debe situar a las condiciones especiales de ejecución del contrato, que constituyen una de las novedades más significativas que introduce la Ley en esta materia.

Las condiciones especiales de ejecución, para que puedan establecerse deben cumplir dos requisitos, el primero, ser compatibles con el derecho comunitario; y el segundo, es que se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato; por lo demás las mismas tienen por objeto consideraciones de tipo social o medioambiental¹³⁷⁶. Como correlativo al establecimiento de dichas condiciones, es posible establecer penalidades para el caso de incumplimiento de las mismas¹³⁷⁷.

e.5) Información complementaria proporcionada por los órganos de contratación:

¹³⁷⁵ Este cambio de concepción se advierte en la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, en cuyo considerando 33, se dice que: “Las condiciones de ejecución del contrato serán compatibles con la presente directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones- aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.”.

¹³⁷⁶ El artículo 118., dice que: “Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”.

¹³⁷⁷ El artículo 118.2, dice que: “Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e.”.

Encontramos en los artículos 119¹³⁷⁸ y 120¹³⁷⁹ del TRLCSP una manifestación específica del deber genérico de proporcionar información por parte de las Administraciones públicas recogido en el artículo 35.g¹³⁸⁰ de la LRJ-PAC. La información que debe proporcionar el órgano de contratación se relaciona con el cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, medio ambientales y con la subrogación en contratos de trabajo.

e.6) Reglas aplicables a la preparación de contratos que no adjudiquen Administraciones públicas, y a los contratos subvencionados:

Como se viene señalando el objetivo de este trabajo es analizar el contrato del sector público de servicios, una meta como la pretendida obliga a hacer referencia a las condiciones para la preparación de los contratos cuando quien lo adjudica no es una Administración pública. También podría considerarse, que es forzado su encaje en el apartado dedicado al expediente de contratación, pero a mi entender esta es la ubicación más idónea, ya que es un error monopolizar la noción de expediente, entendiendo que exclusivamente es aplicable al campo del derecho administrativo, sino que considero que es

¹³⁷⁸ El artículo 119 del TRLCSP dice que: “ 1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o los servicios prestados durante la ejecución del contrato. 2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

Esto no obstará para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados.”.

¹³⁷⁹ El artículo 120 del TRLCSP, dice que: “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implican tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”.

¹³⁸⁰ Este precepto reconoce el derecho a los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones públicas, a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

un concepto polivalente que se puede aplicar a diferentes campos del derecho, o de la vida cotidiana de cualquier organización compleja¹³⁸¹.

Lo primero que llama la atención al analizar la Ley es que mientras que cuando el órgano de contratación se inserta en una Administración Pública, se choca con un bloque normativo profuso, detallado y garantista; cuando quien contrata no es la Administración la Ley dedica un único precepto que no hace sino remitir a los artículos 117, 118 y 120 en cuanto a la forma de delimitar las prescripciones cuando el contrato tiene una cuantía determinada (artículo 137.1 TRLCSP¹³⁸²); en el resto de los casos cuando la cuantía es superior a los 50.000 euros impone al obligación de elaborar un pliego que debe reunir unas características un tanto difusas y que por supuesto no es informado ni por el servicio jurídico, ni por ningún otro órgano (artículo 137.2¹³⁸³).

Ante la situación detallada me pregunto ¿no es dinero público, el que manejan los órganos de contratación, cuando el ente es uno de los del artículo 3.1 del TRLCSP¹³⁸⁴?, ¿no pretende la Ley regular toda la contratación del sector público?, y si es así ¿por qué regula la materia con rigor para la Administración, y no lo hace para el resto de entes?, ¿gestiona

¹³⁸¹ Así su arraigo e implantación, ha permitido hacer uso de este concepto para campos diferentes que los del derecho administrativo. Quizá esta sea una muestra más de la globalización en el mundo del derecho, mediante la importación de conceptos de una ámbito material de actuación a otro.

¹³⁸² El artículo 137.1 del TRLCSP, dice que: “ En los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan carácter de Administraciones Públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, así como los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 117 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 118 a 120. Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 112.2.b) sobre reducción de plazos.”.

¹³⁸³ El artículo 137.2 del TRLCSP, dice que: “ En los contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.”.

¹³⁸⁴ Se debe advertir que muchos de los entes que forman parte del sector público, se nutren por la vía de las transferencias de los presupuestos generales de las Administraciones Públicas.

peor los fondos públicos la Administración?. Al plantear el problema ya se han contestado todas las preguntas realizadas. Esto conduce a afirmar que si bien es cierto que la Ley aparenta ser ambiciosa, creando en cuanto a su denominación grandes expectativas en la lucha contra el fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública, la ilusión se pierde a medida que se profundiza en su articulado, muestra de esta pérdida de ilusión es la situación comentada.

f) Aspectos presupuestarios de la tramitación y gestión del expediente de contratación:

Ya he señalado, que soy partidario de mantener una concepción amplia de la noción de expediente de contratación, para ser consecuente con esta posición debo analizar sucintamente los aspectos presupuestarios que rodean al expediente de contratación en un sentido amplio¹³⁸⁵.

Conviene señalar que han sido pocos los administrativistas que se han ocupado de una cuestión como la comentada, pero lo cierto es que las actuaciones conducentes a ordenar pagos en el seno de la Administración constituyen un procedimiento administrativo en sí mismas, procedimiento que es preciso documentar por medio de un expediente¹³⁸⁶.

De una manera certera el profesor VILLAR PALASÍ, J.L. señala que existen dos aspectos claramente diferenciados en la gestión contractual: la declaración de voluntad administrativa pura, y el aspecto financiero¹³⁸⁷. También expresivo es PASCUAL GARCÍA, J. que dice que en la cadena de actos que se desarrolla hasta la adjudicación del

¹³⁸⁵ En el seno de las Administraciones públicas, la gestión de un contrato, implica la realización de una serie de trámites de contenido presupuestario, que generalmente tienen una trascendencia a nivel interno, pero que resultan imprescindibles. Por ello junto a los actos de contenido administrativo que exige la gestión de un contrato, hay que añadir una serie de actos de contenido presupuestario, de cuya existencia hay que dejar testimonio en el expediente administrativo.

¹³⁸⁶ J.L. VILLAR PALASÍ, *La dinámica del principio de legalidad presupuestaria*, Revista de Administración Pública núm. 49, 1966, pág. 10, dice que: "...el procedimiento administrativo del gasto y pago por la Administración."

¹³⁸⁷ J.L. VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de derecho. Universidad de Madrid, 1969.

contrato, los hay de carácter netamente administrativo y de carácter financiero¹³⁸⁸. En este apartado la preocupación será identificar los actos que tienen un contenido financiero¹³⁸⁹ en la ejecución del contrato:

Con carácter previo al inicio del procedimiento de ejecución presupuestaria se debe recordar, con el profesor VILLAR PALASÍ, J.L., que es necesario que exista consignación presupuestaria¹³⁹⁰.

Al iniciar el expediente de contratación¹³⁹¹, el servicio gestor expedirá un documento RC de ejercicio corriente y, en su caso, un documento RC de ejercicios posteriores¹³⁹². Dichos documentos se remitirán a la oficina de contabilidad, en donde, una vez registrados, se obtendrá certificado de existencia de crédito¹³⁹³ en el presupuesto corriente y certificado de

¹³⁸⁸ J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen Jurídico del gasto público...*, op. cit., pág. 586.

¹³⁸⁹ J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo II*, Cátedra del profesor Villar Palasí, UNED, 1974, pág. 278: “El procedimiento de habilitación del gasto es, pues, una técnica de autocontrol interno de la Administración (el Ministerio de Hacienda y sus órganos de fiscalización son parte de la propia Administración) que se efectúa de ordinario mediante la regla del control previo a la actuación administrativa.”.

¹³⁹⁰ J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho...*, op. cit. pág. 278, dice que: “Exigencia previa del procedimiento es la consignación presupuestaria, como expresión contable que es de la apertura de un crédito a favor del órgano gestor, es la suma puesta a disposición del Ministerio. Sin ella no cabe iniciar el procedimiento.”.

¹³⁹¹ J.L. VILLAR PALASÍ, *La dinámica del principio ...*, op. cit., pág. 11, dice que: “De otro lado, el procedimiento de gasto implica un procedimiento paralelo interno desconocido normalmente por el particular, al que afecta cuando contrata o se relaciona con la Administración. Su normativa pertenece a la potestad doméstica de la Administración relevante sólo en lo organizativo en tanto el procedimiento administrativo pasa a ser la potestad relacional, un procedimiento de integración de voluntad.”.

¹³⁹² A. R. RODRIGUEZ CASTAÑO, *Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público*, Revista Española de Control Externo, nº19, 2005, dice que: “La retención de crédito es un acto puramente interno, no genera ningún derecho, ni tan siquiera expectativa, para un tercero y, es más, ni tan siquiera es estrictamente necesario, salvo excepción, desde el punto de vista jurídico para la validez del gasto si el mismo llega a producirse y efectivamente existe crédito adecuado y suficiente, aunque éste no se hubiera retenido.”.

¹³⁹³ El certificado de existencia de crédito se exige, en el artículo 109.3.2º del TRLCSP. J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico del...*, op. cit. pág 566, dice que: “El certificado tiene por objeto acreditar la existencia de cobertura presupuestaria para el gasto que se ha de autorizar. Simultáneamente a la expedición del certificado se practica un asiento contable denominado retención de crédito, mediante el cual el remate del que se ha certificado queda indisponible para destinarlo a finalidad distinta.”.

cumplimiento de los límites establecidos en el artículo 47 de la LGP. Esos certificados se remitirán al servicio gestor para que los incorpore al citado expediente¹³⁹⁴.

Con la aprobación del expediente de contratación se produce la aprobación del gasto¹³⁹⁵, en aquellos casos en los que coincidan en un mismo órgano la competencia para la aprobación del expediente de contratación y la competencia para la aprobación del gasto la resolución por la que se apruebe el expediente implicará la aprobación del gasto¹³⁹⁶; sino coinciden deberá recabarse la aprobación del órgano competente¹³⁹⁷. El documento contable que se asocia con esta fase de aprobación del gasto, es el documento A¹³⁹⁸.

Como consecuencia de adjudicación del contrato debe acordarse la siguiente fase de ejecución del gasto que es la fase de compromiso o disposición del gasto, acto que presenta

¹³⁹⁴ J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen Jurídico del....*, op. cit. pág. 586.

¹³⁹⁵ J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen Jurídico del....*, op. cit. pág. 564, define la fase de aprobación del gasto como: "...la decisión del ordenador de destinar una cierta cantidad de fondos públicos a la cobertura de una necesidad pública.". Encontramos una definición legal de la fase de aprobación o autorización del gasto, en el artículo 73 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que dice que: "La aprobación es el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario."

¹³⁹⁶ A.R. RODRIGUEZ CASTAÑO, *Los elementos integrantes...*, op. cit. pág. 139, dice que: "El siguiente acto en el procedimiento del gasto es la autorización del mismo por el órgano competente, que da lugar al libramiento de un documento contable A. Aquí no existe todavía un derecho económico de un tercero frente a la Hacienda Pública, aunque sí una cierta expectativa del tercero, porque concretamente en el procedimiento de contratación la probación del gasto se realiza conjuntamente con la del expediente y con la apertura del procedimiento de adjudicación, artículo 69.1 del TRLCAP:".

¹³⁹⁷ El artículo 94. 1 de la LCSP, dice que: "Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 134, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente."

¹³⁹⁸ J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen Jurídico del....*, op. cit. pág. 586, dice que: "Como consecuencia contable de que la aprobación del expediente de contratación lleva consigo la del gasto, el servicio gestor, posteriormente, y una vez que se apruebe el expediente de gasto, formulará un documento A por el importe que de dicho expediente corresponda al presupuesto en curso y, en su caso, un documento A de ejercicios posteriores por la parte que deba ser aplicada a ejercicios posteriores."

relevancia jurídica para terceros vinculando a la Hacienda Pública¹³⁹⁹, el reflejo documental de dicha fase se materializa en el documento D¹⁴⁰⁰.

A medida que se vaya ejecutando el contrato, y cuando de conformidad a lo establecido en el mismo sea preciso realizar pagos al contratista será necesario acordar la fase de reconocimiento de la obligación¹⁴⁰¹, cuya materialización documental se produce en el documento O¹⁴⁰². Finalmente se produce la fase de propuesta de pago que se materializa en el documento contable K¹⁴⁰³.

¹³⁹⁹ El artículo 73.4 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dice que: “El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos debidamente aprobados, por un importe determinado o determinable.

El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas.”.

¹⁴⁰⁰ A.R. RODRIGUEZ CASTAÑO, *Los elementos integrantes...*, op. cit. pág. 139, dice que: “La vinculación plena con un tercero surge, en el caso del contrato administrativo, con la adjudicación del mismo, acto al que corresponde en el procedimiento del gasto la disposición o compromiso del gasto, que se recoge en el documento contable D. El compromiso de gasto implica el nacimiento de una obligación de la Hacienda Pública para con un tercero, obligación en el sentido civil del término, aunque aún no exigible.”.

¹⁴⁰¹ El artículo 73.4 de la LGP, dice que: “ El reconocimiento de la obligación es el acto mediante el que se declara la existencia de crédito exigible contra la Hacienda Pública estatal o contra la Seguridad Social, derivado de una gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente.

El reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda Pública estatal se producirá previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día aprobaron y comprometieron el gasto.”.

¹⁴⁰² A.R. RODRIGUEZ CASTAÑO, *Los elementos integrantes...*, op. cit. pág. 139, dice que: “Cuando el tercero realiza la prestación a que se ha obligado frente a la Administración y no antes, deviene exigible la obligación, y esto es así en virtud del principio del servicio hecho, recogido en el artículo 43 del TRLGP, que establece, en su párrafo 2, que cuando las obligaciones de la Hacienda Pública tienen por causa las prestaciones o servicios a la Administración Pública, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación. La obligación líquida y exigible debe ser reconocida como tal por la Administración a través del acto de reconocimiento de la obligación, acto integrante del procedimiento de gasto que se documenta en documento contable O.”.

¹⁴⁰³ A.R. RODRIGUEZ CASTAÑO, *Los elementos integrantes...*, op. cit. pág. 139, dice que: “Posteriormente se produce la propuesta de pago, recogida en el documento contable K. Propuesta de pago y no orden de pago, pues en la organización administrativa presupuestaria si bien todo órgano que tenga habilitación presupuestaria puede realizar gastos, los pagos se encuentran centralizados en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera o, en cualquier caso, en un órgano distinto de los que realizan gastos.....El procedimiento de pago comienza con la propuesta de pago antes señalada, que irá dirigida a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía (en adelante DGTPF), habida cuenta del carácter de único centro gestor del pago, según el plan de disposición de Fondos del Tesoro Público.”.

III. La adjudicación del contrato de servicios.

1. Enfoque inicial. Aspectos sistemáticos de la exposición.

Se propone, en este apartado, abordar una materia extensa el régimen jurídico de la adjudicación del contrato de servicios, por ese motivo se expone brevemente la sistemática que se seguirá para lograr la consecución de los objetivos marcados. Se abordará la cuestión sobre la base de cuatro grandes bloques, los mismos tratan de seguir los aspectos básicos de la estructura del TRLCSP, serían los siguientes:

- 1) El primer bloque, estaría dedicado a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas.
- 2) El segundo, es el que se dedica a la adjudicación de otros contratos del sector público¹⁴⁰⁴.
- 3) El tercero, siguiendo la sistemática de la Ley, está dedicado a la racionalización técnica de la contratación.
- 4) Finalmente el cuarto, se aparta en cierto modo de la estructura del TRLCSP, ya que se dedica a los órganos de asistencia¹⁴⁰⁵.

2. La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas¹⁴⁰⁶.

1.1) Normas generales: La Ley dedica a las normas generales aplicables a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, la Sección 1ª, del Capítulo I, del Título I,

¹⁴⁰⁴ Estos dos primeros bloques, están marcados por la impronta de reforma global de la contratación que pretende abordar la LCSP, al abarcar no sólo a la Administración, sino también al resto de entes que forman parte del sector público.

¹⁴⁰⁵ A pesar de la distancia que existen en el texto articulado, entre la regulación de la adjudicación, y la regulación de los órganos de asistencia no tenemos la menor duda que son dos materias que se encuentran íntimamente ligadas y que es conveniente que se analicen de una manera conjunta.

¹⁴⁰⁶ Se debe partir de la base de que la adjudicación del contrato es un acto administrativo, en este sentido puede consultarse el interesante trabajo de J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, *El acto de adjudicación contractual y el fin a la vía administrativa*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 736/2007.

del Libro III; normas que se expondrán siguiendo la estructura con la que se recogen en el texto legal¹⁴⁰⁷.

A) *Principios inspiradores de la adjudicación de los contratos*¹⁴⁰⁸: Se aborda un análisis de los principios inspiradores de la adjudicación del contrato¹⁴⁰⁹ con una visión amplia, siendo conscientes de las fuentes de las que bebe el derecho administrativo español¹⁴¹⁰, por ese motivo se irá más allá de lo previsto en el artículo 139 de la Ley¹⁴¹¹, que dentro del apartado de la Ley dedicado a la adjudicación de los contratos recoge únicamente tres principios, cuando los principios aplicables a la adjudicación de los contratos son más numerosos¹⁴¹², como se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

¹⁴⁰⁷ En base a la sistemática de la Ley aludiremos por este orden a: Los principios inspiradores, la publicidad, la licitación, la selección del adjudicatario, la información sobre el procedimiento y la formalización del contrato.

¹⁴⁰⁸ Acerca de los principios generales del derecho, puede consultarse, S. ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE, *Los principios Generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

¹⁴⁰⁹ M. CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 7, cita a Zanobini, pág. 58, dice que: "Para Zanobini, los principios de equidad pueden presentarse como norma jurídica cuando sean contenidos en los artículos o constituyan el fundamento de una serie de disposiciones, de tal forma, que puedan ser considerados principios generales del derecho."

¹⁴¹⁰ El derecho administrativo español encuentra una fuente de inspiración continúa en el derecho administrativo francés, teniendo en el país vecino una gran importancia los principios generales del derecho, por ese motivo no se puede negar su importancia en nuestro país. J. RIVERO, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo*, Revista de Administración Pública, núm. 6, 1951, pág. 291, dice que: "Desde hace algunos años el Consejo de Estado no vacila en fundamentar expresamente sus decisiones más importantes sobre un determinado "principio general" y en interpretar con esta perspectiva sus creaciones jurídicas anteriores...". J. DE LA CRUZ FERRER, *La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del derecho público francés*, Revista de Administración Pública, núm. 111, 1986, pág. 441, dice que: "Los principios generales del derecho constituyen la más importante fuente de legalidad en el Derecho administrativo francés.". Sin olvidarse de la importancia que tienen en el ámbito del derecho comunitario, tal y como resalta A. CHUECA SANCHO, *Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 3, 1976.

¹⁴¹¹ El artículo 139 del TRLCSP, dice que: "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia."

¹⁴¹² Avala nuestra visión sobre los principios inspiradores de la adjudicación de los contratos, el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, que dice que: "La adjudicación de los contratos celebrados por los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia."

Europea¹⁴¹³, y de los principios que en general inspiran el actuar de las Administraciones¹⁴¹⁴.

La existencia de la figura jurídica de los principios generales del derecho, supone un reconocimiento implícito a que las normas son algo más que simples preceptos escritos, detrás de esos preceptos existe una atmósfera que los permite existir y que los alimenta e inspira, esa atmósfera son los principios generales del derecho. Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial¹⁴¹⁵, se está viviendo en los países de nuestro entorno un movimiento antipositivista y/o de reconocimiento de las deficiencias que presenta la Ley como instrumento jurídico conformador de la realidad social, lo que está provocando que por parte de nuestra mejor doctrina se propugne una vuelta a los principios generales del derecho como instrumento adecuado para garantizar la seguridad jurídica¹⁴¹⁶.

En el ámbito de la contratación pública, los principios generales del derecho juegan un papel de relevancia, ya que los mismos constituyen un instrumento de control del ejercicio

¹⁴¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de octubre de 2005, asunto c-264/03, dice que: “En efecto, pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.....El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.”. También la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de octubre de 2005, asunto c-458/03, que dice que: “Las autoridades públicas que celebren contratos de concesión de servicios públicos están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE, en particular los artículos 43 y 49 CE, y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad establecido en el artículo 12 CE, que constituyen expresiones específicas del principio general de igualdad de trato. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.”.

¹⁴¹⁴ Dentro del variado arcoíris de principios que inspiran la actuación de las Administraciones encontramos uno de origen alemán, recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que es el de confianza legítima, en este sentido puede consultarse, R. GARCÍA MACHO, *Contenido y límites del principio de confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia*, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989, pág. 453.

¹⁴¹⁵ M. GARCÍA CANALES, *Principios generales y principios constitucionales*, Revista de Estudios Políticos, núm. 64, 1989, alude a las reacciones que se produjeron tras la Segunda Guerra Mundial.

¹⁴¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica ...*, op. cit..

de potestades discrecionales por parte de la Administración, evitando desviaciones en las decisiones que se tomen por parte de los distintos órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de contratación, por ese motivo considero especialmente importante la figura jurídica aludida en este apartado¹⁴¹⁷. También, cualquiera que siga con un interés mediano este sector de la actividad administrativa, contemplará los estragos que el fenómeno de la motorización legislativa causa sobre este campo normativo, siendo los principios generales un instrumento que aporta coherencia y estabilidad, frente a la incontinencia normativa que acosa a la contratación pública¹⁴¹⁸.

A todo lo anterior, me gustaría añadir que la realidad es mucho más rica y prolija que las normas jurídicas. La casuística que presenta un procedimiento de licitación, o la ejecución de un contrato es tan variada que, en ocasiones, resulta imposible colmarla por medio de la Ley o del clausulado del contrato, siendo necesario ofrecer otro instrumento jurídico al intérprete y aplicador del derecho, que puede que se sienta desamparado si acude al articulado de la Ley o al clausulado del contrato. Por eso ante las lagunas y las dificultades interpretativas aparecen los principios generales del derecho que se erigen en un instrumento eficaz para salvar dudas y controversias; no obstante el uso indiscriminado de la técnica de los principios generales del derecho, puede llegar a dejar sin sentido el tenor literal de la Ley, así lo ha destacado nuestra mejor doctrina (SANTAMARÍA PASTOR, J.A.¹⁴¹⁹).

¹⁴¹⁷ Muestra de la importancia que se da a los principios generales del derecho en el ámbito de la contratación pública, es que en este trabajo se resuelven controversias existentes en materia de contratación mediante el uso de ese instrumento jurídico.

¹⁴¹⁸ Ya ha quedado expuesto en el apartado dedicado a la evolución histórica del contrato administrativo, como desde la nueva Ley de 2007 hasta el texto refundido se han sucedido las reformas, en aspectos tan novedosos como el relativo a la diferenciación entre una adjudicación provisional y definitiva, o el régimen del ius variandi, entre otros muchos aspectos fundamentales. Nadie podría afirmar que nos encontramos ante un sector de actividad normativa pacífico y estable. Es precisamente en este ámbito de legislación incontinente en el que los principios generales se muestran como una herramienta eficaz.

¹⁴¹⁹ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, Prólogo a *Los Principios Jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2012, pág.45, dice que: "...la tendencia creciente a prescindir olímpicamente del texto de las normas para exponer razonamientos basados casi exclusivamente en resultados preconcebidos, sólo apoyados en principios más o menos discutibles; lo mismo ha sucedido en no pocos sectores del ámbito judicial..."

A.1) *Principio de publicidad*: La plasmación del principio de publicidad no afecta únicamente a la publicación de las convocatorias, sino que va más allá afectando a todas las operaciones que realizan los poderes adjudicadores para seleccionar a los contratistas¹⁴²⁰. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua la define como: “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc¹⁴²¹.”, también la define como: “Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos¹⁴²².”. Para aludir a la publicidad, como principio, el esfuerzo debe orientarse a realizar un ejercicio de abstracción, de esta forma se puede definir: Como el principio que obliga a los entes que integran el sector público a informar haciendo uso de los medios previstos en la Ley, de todas las fases que transcurren hasta la selección del contratista que va a ejecutar el contrato¹⁴²³.

MORENO MOLINA, José Antonio, con cita de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dice que el régimen de publicidad constituye el verdadero pilar sobre el que se asienta el sistema de contratación pública establecido por la normativa comunitaria europea¹⁴²⁴. El principio de publicidad alimenta a otros principios esenciales de la contratación pública, como son los principios de concurrencia y de igualdad.

Finalmente se apuntará que el principio general de publicidad, se concreta en una serie de requisitos y formalidades que recoge el TRLCSP, de los que nos ocuparemos más adelante.

¹⁴²⁰ A. LAUBADERE, *Traité des contrats administratifs*, tomo I, 2ª ed.; LGDJ, París, 1983, págs. 594 y sig.

¹⁴²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición, acepción tercera.

¹⁴²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición, acepción segunda.

¹⁴²³ Es preciso destacar que debe proporcionarse la información que establezca el TRLCSP.

¹⁴²⁴ J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Básicos de derecho administrativo, urbanismo y medio ambiente 5, ed. Bomarzo, 2007, pág. 51. Como muestra de la preocupación que tiene el Tribunal de Justicia por el principio de publicidad podemos citar: La Sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España, Asunto C 24/91. Y La sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale- Bau AG, Asunto C 470/99.

A.2) *Principio de transparencia*¹⁴²⁵: Este principio conectado con la fase de adjudicación del contrato, implica que el poder adjudicador debe dar a conocer los criterios en los cuales se va a fundamentar la futura adjudicación¹⁴²⁶, como es lógico estos criterios fijados previamente vinculan al órgano de contratación que debe adjudicar el contrato siguiendo los citados criterios¹⁴²⁷, como corolario a todo lo dicho el órgano de contratación debe argumentar y fundamentar la adjudicación en los criterios previamente establecidos;

¹⁴²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto T 345/03, dice acerca del principio de transparencia que: “El principio de transparencia, corolario del principio de igualdad de trato, implica que toda información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en el contrato público de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.”.

¹⁴²⁶ El considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “La verificación de la aptitud de los licitadores, en los procedimientos abiertos, y de los candidatos, en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación así como en el diálogo competitivo, y su selección deben realizarse en condiciones de transparencia. A tal fin, conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y a los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen con dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador ha de estar obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato.”.

¹⁴²⁷ Esta solución supondría una aplicación del principio de confianza legítima, una aplicación práctica de este principio para la contratación pública la encontramos en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 66/2009, de 28 de enero de 2009, que dice que: “Admitir lo contrario supondría una vulneración de la doctrina de los actos propios que trae a causa del principio de buena fe y confianza legítima, reconocido con carácter general en el artículo 7 del Código Civil. Dicho principio sirve a la seguridad jurídica e incorpora el valor de la confianza, del comportamiento leal en las relaciones recíprocas. También el Tribunal Constitucional se ha referido a la buena fe (Sentencia 198/1988, de 24 de octubre) afirmando que “impone el deber de coherencia en el comportamiento”. El principio de “protección de la confianza legítima”, cuyo significado no es ajeno al principio de buena fe, tiene su origen en el principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) del derecho alemán (Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 19 de diciembre de 1961, de 23 de marzo y de 4 de mayo de 1971 y de 22 de enero de 1975), figura expresamente (“schutzwürdiges Vertrauen”) en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976 y ha sido reconocido como principio jurídico del ordenamiento comunitario por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas- ya en la Sentencia de 13 de julio de 1965 y, posteriormente, en las Sentencias de 5 de junio de 1973, 27 de marzo de 1990 y 20 de septiembre de 1990. Como indicara la Memoria del Consejo de Estado de 1988, “es un principio de carácter general, vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que suele combinarse, y, por supuesto, no exige la preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección.”.

permitiendo a los contratistas conocerlos, con el fin de que si no se han respetado se pueda impugnar la adjudicación¹⁴²⁸.

La aplicación del principio de transparencia¹⁴²⁹ se ha mostrado como un instrumento eficaz para la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación pública¹⁴³⁰.

A.3) *Principio de igualdad de trato o de no discriminación por razón de la nacionalidad*¹⁴³¹: El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad¹⁴³² o de otras circunstancias. El juego de este principio es especialmente intenso en aquellos contratos que no se encuentran dentro del

¹⁴²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2005, Asunto Parking Brixen, C 458/03, dice que: “Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.”.

¹⁴²⁹ Sobre el principio de transparencia en el ámbito del derecho administrativo cabe citar a J.M. GIMENO FELIÚ, *Legalidad, transparencia...*, op. cit. pág. 172, dice que: “En un Estado moderno en el que la dirección de la política económica se realiza a través de estas medidas de fomento del desarrollo económico resulta de indudable necesidad- a fin de evitar posibles situaciones de corrupción- la transparencia en los procedimientos de concesiones de ayudas y subvenciones en tanto que supone gasto del dinero público.”.

¹⁴³⁰ J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales...*, op. cit. pág. 44.

¹⁴³¹ En la Sentencia del Asunto T-345/03 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha recordado que el principio de igualdad de trato debe respetarse durante todas las fases del procedimiento de adjudicación. Otra aplicación práctica del principio de igualdad de trato la encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de marzo de 2005, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, que dice que: “...la disposición de cada una de estas Directivas según la cual las entidades adjudicadoras velarán por que se garantice la igualdad de trato entre los licitadores, se oponen a una norma nacional conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.....Teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado tales trabajos preparatorios podría hallarse en una situación favorable, es cierto que no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador. Sin embargo, una norma que no concede a dicha persona ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, esta situación no puede falsear la competencia va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de igualdad de trato entre todos los licitadores.”.

¹⁴³² Ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2005, C 264/2005.

ámbito de la Directiva de contratación¹⁴³³, puesto que este es el ámbito en el que los países miembros cuentan con una mayor discrecionalidad en la configuración normativa de los procedimientos de adjudicación de los contratos¹⁴³⁴.

En este apartado se analizan dos principios que se encuentran íntimamente ligados, pero que no son iguales, cuales son los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, presenta un ámbito más restringido que el de igualdad de trato. Así se puede decir que no toda vulneración de la igualdad de trato lo tiene que ser por razón de la nacionalidad, mientras que toda vulneración por razón de la nacionalidad implica una desigualdad de trato. En definitiva, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es, a mi entender, una variante del principio de igualdad de trato.

A.4) Principio de concurrencia: Es un principio que aspira a promover la competencia en los contratos públicos y obtener así una oferta adecuada al mercado y, por tanto óptima para la Administración Pública contratante¹⁴³⁵, la importancia de este principio ha sido resaltada por el Consejo de Estado¹⁴³⁶ y por el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁴³⁷. Como

¹⁴³³ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, que dice que: “Las autoridades públicas que celebren contratos de concesión de servicios públicos están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE, en particular los artículos 43 y 49 CE, y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad establecido en el artículo 12 CE, que constituyen expresiones específicas del principio general de igualdad de trato. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.”.

¹⁴³⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2005, C 264/2005, dice que: “... pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad....”.

¹⁴³⁵ Informe y conclusiones..., op. cit, pág. 55.

¹⁴³⁶ Dictamen 1270/93, de 2 de diciembre, dice sobre la concurrencia que: “ los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia, presupuesta la publicidad, constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales descripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso, a la subasta o formas híbridas de licitación, y la Administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar la obra (servicio) a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad.”.

fácilmente se habrá podido intuir, el citado principio se interrelaciona con muchos de los principios anteriormente señalados, en particular con el de igualdad de trato. También podemos concluir que todos los principios citados, desembocan en el principio de concurrencia, puesto que todos tienen como objetivo último facilitar la concurrencia.

A modo de cierre del presente apartado dedicado a los principios generales de la contratación, debo defenderme de lo aquí expuesto puesto que cualquiera que analice esta parte del trabajo puede pensar que la enumeración es incompleta¹⁴³⁸. El motivo es bien sencillo existen principios que inspiran la actuación de la Administración¹⁴³⁹, como el principio de objetividad, o el de eficacia¹⁴⁴⁰, que no se han visto plasmados y que sin lugar a duda tienen su proyección en el ámbito de la contratación pública¹⁴⁴¹; la razón de esta carencia es que aludir a esos principios excede los objetivos del presente trabajo, aunque soy consciente de su importancia en el ámbito de la contratación pública¹⁴⁴².

¹⁴³⁷ En este sentido la Resolución de 21 de marzo de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, dice que: "... las normas de competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios....En el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la Administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios a aquélla.”.

¹⁴³⁸ Como ejemplo de principio aplicable a la contratación pública, podemos recordar la aplicación práctica que del mismo hacía el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 66/2009.

¹⁴³⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?*, Revista de Estudios Políticos, núm. 98, 1997, alude en la pág. 11 a la clasificación de los orígenes que de los principios generales del derecho hacía Bobbio, dice que: “De acuerdo con el planteamiento de BOBBIO, pueden distinguirse principios del derecho considerados de menor a mayor grado de generalidad, la cual puede predicarse: 1) de un instituto; 2) de una materia; 3) de una rama del derecho; 4) o del ordenamiento jurídico.”. También Jesús Leguina Villa, *Principios generales del derecho y constitución*, Revista de Administración Pública, núm. 114, distingue entre unos principios ordinamentales y otros institucionales.

¹⁴⁴⁰ Ambos recogidos en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978.

¹⁴⁴¹ Sobre los principios generales del derecho puede citarse el trabajo del profesor F. LÓPEZ MENUDO, *Los principios generales del procedimiento administrativo*, Revista de Administración Pública, núm.129, 1992, pág.22 que dice sobre los atributos principales de los principios generales del derecho que: “...los tres atributos básicos que son comunes a cualquier principio, según resulta del artículo 1.4 del Código Civil:1º)ser fundamento del ordenamiento jurídico, guía del legislador y contraste y medida de la justicia (La Cruz); 2º) ser norma orientadora de la función interpretativa; 3º) constituir elemento integrador de las lagunas de la Ley”.

¹⁴⁴² Es indudable que las normas jurídicas no pueden cubrir todas las aristas que presenta la realidad, así lo ha puesto de manifiesto el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios*

La segunda consideración, que es preciso realizar es que como se habrá podido comprobar, los principios generales de la contratación pública expuestos se interrelacionan entre sí se dan vida los unos a los otros, podríamos decir que se autoalimentan¹⁴⁴³.

B) Publicidad: Al analizar la publicidad, como principio, se dijo que tenía una plasmación formal que se analiza en este momento. Se puede hablar con MORENO MOLINA, J.A. de una publicidad previa y otra posterior¹⁴⁴⁴ la primera tendría como objetivo esencial el de fomentar la concurrencia¹⁴⁴⁵; mientras que la segunda serviría para satisfacer el principio de transparencia¹⁴⁴⁶.

Uno de los autores que mejor ha caracterizado el sistema de publicidad de los contratos administrativos¹⁴⁴⁷ ha sido SÁNCHEZ MORÓN, M. quien la define como una publicidad formal, oficial, plural y jerarquizada¹⁴⁴⁸.

generales del derecho en el derecho administrativo, Revista de Administración Pública, núm. 40, 1963, pág. 191, dice que: “Pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene.”.

¹⁴⁴³ A modo de ejemplo, el principio de transparencia difícilmente se podría satisfacer si no se satisface previamente el principio de publicidad.

¹⁴⁴⁴ J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales...*, op. cit. pág. 51.

¹⁴⁴⁵ Sirviendo, en este caso, la publicidad como un instrumento técnico para facilitar los principios de concurrencia y de transparencia, en las licitaciones de contratos del sector público.

¹⁴⁴⁶ Mediante la publicidad posterior se permite a los licitadores conocer en quien ha recaído la adjudicación del contrato.

¹⁴⁴⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias...*, op. cit., pág. 453, dice que: “...Formal, porque se trata de garantizar jurídicamente la cognoscibilidad a los interesados mediante la predeterminada constancia documental (“ estática”) de aquello que se hace público arrojando sobre el interesado la carga del efectivo cumplimiento. Oficial, porque se lleva a cabo en periódicos oficiales. Plural, porque esos periódicos han de ser tanto españoles (nacional, autonómico, local), como en ocasiones el europeo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas). Jerarquizada, porque la publicidad comunitaria, cuando procede, debe preceder a la interna, en la que ha de señalarse la fecha de envío del anuncio al periódico oficial europeo y porque la publicidad interna no puede contener indicaciones distintas de la comunitaria.”.

B.1) *Publicidad previa*: Aquí englobamos todas las formas de publicidad que tienen por objeto dar a conocer a los potenciales licitadores el contrato que se pretende adjudicar.

B.1.1) *Anuncio previo*: Se trata de un anuncio del que pueden hacer uso los órganos de contratación, con el fin de reducir los plazos de presentación de proposiciones, este tipo de anuncio exige una planificación a doce meses, su régimen lo encontramos en el artículo 141 del TRLCSP¹⁴⁴⁹.

B.1.2) *Convocatoria de licitaciones*: A la convocatoria de licitaciones dedica el TRLCSP su artículo 142. Con ánimo sistemático ha de diferenciarse entre licitaciones sometidas exclusivamente a publicidad nacional y licitaciones sometidas a publicidad comunitaria, diferenciando entre obligatoria y optativa.

Licitaciones sometidas a publicidad nacional: A este tipo de licitaciones se dedica el artículo 142.1.1º del TRLCSP que dice que:

“1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la

¹⁴⁴⁹ Se reproduce la parte del artículo 141 que interesa, dice el citado precepto que: “ 1. Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer , en relación con los contratos de obras, suministros y servicios que tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes, los siguientes datos:.....c) En el caso de los contratos de servicios, el valor total estimado para cada categoría de las comprendidas en los números 1 a 16 del anexo II, cuando ese valor total sea igual o superior a 750.000 euros.

2. Los anuncios se publicarán en el “Diario Oficial de la Unión Europea” o en el perfil de contratante del órgano de contratación a que se refiere el artículo 42.

En el caso de que la publicación vaya a efectuarse en el perfil de contratante del órgano de contratación, éste deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al “Boletín Oficial del Estado” por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan. En el anuncio previo se indicará la fecha en que se haya enviado esta comunicación.

3. Los anuncios se enviarán a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas o se publicarán en el perfil de contratante lo antes posible, una vez tomada la decisión por la que se autorice el programa en el que se contemple la celebración de los correspondientes contratos, en el caso de los de obras, o una vez iniciado el ejercicio presupuestario, en los restantes.

4. La publicación del anuncio previo cumpliendo con las condiciones establecidas en los artículos 143.1 y 151.1 permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos en la forma que en esos preceptos se determina.”.

publicidad en el “Boletín Oficial del Estado” por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.”.

Licitaciones sometidas a publicidad comunitaria obligatoria¹⁴⁵⁰: Aparece recogido en el artículo 142.1.2º del TRLCSP que dice que:

“Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el “Boletín Oficial del Estado”.

Licitaciones sometidas a publicidad comunitaria optativa: Se trata de un tipo de publicidad por la que puede optar el órgano de contratación y que tiene como objetivo aumentar la concurrencia, la misma se realiza en el “Diario Oficial de la Unión Europea”. Este tipo de publicidad se regula en el artículo 142.2 que dice que:

“2. Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el “Diario Oficial de la Unión Europea.”.

Finalmente la Ley impone una serie de requisitos para el envío de anuncios al “Diario Oficial de la Unión Europea” en el artículo 142.3¹⁴⁵¹; conteniendo el artículo 142.4 una serie de previsiones acerca de la publicación del anuncio en el perfil de contratante¹⁴⁵².

¹⁴⁵⁰ Sobre la publicidad de las licitaciones y su importancia, en el ámbito comunitario, el considerando 36 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: “El desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos necesita una publicidad comunitaria de los anuncios de licitación establecidos por los poderes adjudicadores de los Estados miembros. La información contenida en dichos anuncios debe permitir que los operadores económicos de las Comunidad evalúen si les interesan los contratos propuestos.....”.

¹⁴⁵¹ El artículo 142.3 del TRLCSP dice que: “El envío del anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea” deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrá contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.”.

¹⁴⁵² El artículo 126.4 del TRLCSP, dice que: “Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación. En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 177.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el “Boletín Oficial del Estado” o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.”.

B.2) *Publicidad posterior*: Se engloban aquí todos los supuestos de publicidad que son posteriores a la adjudicación del contrato, su finalidad es proporcionar un conocimiento sobre la adjudicación definitiva, también se ha optado por incluir dentro de este apartado otra técnica de comunicación que tiene como objetivo dar satisfacción al principio de transparencia que es la notificación a los candidatos y licitadores¹⁴⁵³. Sé comprobará que el objetivo de la Ley es claro al tratar de generar la máxima transparencia en los procedimientos de licitación¹⁴⁵⁴.

Publicidad posterior: Aparece recogida en el artículo 154 del TRLCSP¹⁴⁵⁵, que dice que:

“1.La formalización de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 138.3 se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación indicando, como mínimo, los mismos datos mencionados en el anuncio de adjudicación.

2. Cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años, deberá publicarse, además, en el “Boletín Oficial del Estado” o en los respectivos Diarios o Boletines de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha formalización, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de la misma.

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al “Diario Oficial de la Unión Europea” y publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”.

3. En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 193.000 euros, el órgano de contratación

¹⁴⁵³ Notificación prevista en el artículo 151 de la TRLCSP.

¹⁴⁵⁴ La transparencia que pretende crear la Ley es buena, y permite que operadores de lo más variado fiscalicen los procedimientos de licitación de los contratos públicos, provocando un mayor control sobre el sistema.

¹⁴⁵⁵ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 072/2012, de 2 de marzo de 2012, Recurso 41/2012, en esta resolución el Tribunal interpreta el artículo 154 del TRLCSP, señalando lo siguiente: “Interpretando este precepto, este Tribunal ha señalado que del mismo cabe deducir, de una parte, que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuales fueron las razones determinantes de la exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso....La motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas.....”.

comunicará la adjudicación a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

4. En los casos a que se refiere el artículo anterior, el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato, justificándolo debidamente en el expediente.”.

Notificación a los candidatos y licitadores: La Ley impone especiales cautelas, con respecto a los candidatos y licitadores, cautelas que se recogen en el artículo 151 de la Ley, que dice que:

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3.

La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por del destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar realizada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.”.

Con respecto a la notificación, hay que señalar que constituye un elemento esencial de cara al control de la adjudicación que pueden hacer todos los licitadores, esta notificación es una manifestación del principio de transparencia debiendo proporcionar elementos de juicio

suficientes para evaluar la posibilidad de interponer recurso fundamentándolo debidamente¹⁴⁵⁶, debiendo estar motivada adecuadamente¹⁴⁵⁷, indicando las razones por las que no se ha admitido la oferta¹⁴⁵⁸

Por último la Ley regula un supuesto específico de comunicación que es el supuesto de renuncia a la celebración del contrato, que aparece recogido en el artículo 155, que dice que:

“1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional¹⁴⁵⁹. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.”.

¹⁴⁵⁶ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 092/2012, de 18 de abril, Recurso 069/2012, dice que: “La notificación debe aportar datos suficientes para que su destinatario disponga de elementos de juicio mínimos para evaluar la posibilidad de interponer recurso y fundamentarlo debidamente.”.

¹⁴⁵⁷ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 186/2012, de 6 de septiembre de 2012, Recurso 173/2012: “La notificación del acto de adjudicación ha de tener una motivación adecuada.”.

¹⁴⁵⁸ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 079/2012, de 30 de marzo de 2012, Recurso 057/2012, dice que: “...con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no vaya a admitir la oferta.”.

¹⁴⁵⁹ Impone la Ley aquí un límite que podemos calificar de procesal, puesto que se refiere a un momento del procedimiento contratación.

Se regulan en este precepto dos figuras distintas, cuales son la *renuncia a la celebración del contrato* que debe fundamentarse en causas de interés público e impide celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto entre tanto las mismas subsistan, y el *desistimiento del procedimiento*, que debe fundamentarse en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, en este caso se puede iniciar un nuevo procedimiento.

Finalmente apuntar que en ambos casos, tanto en la renuncia como en el desistimiento, la Administración no es libre de acordarlos puesto que únicamente puede acudir a estas figuras en los supuestos tasados que recoge la Ley.

B.3) *La incorporación de las nuevas tecnologías a la publicidad*: Ha sido tradicional que la publicidad de las licitaciones se realizara mediante la publicación de un anuncio en un boletín oficial, o en un periódico; pero vivimos en la sociedad de la comunicación y del conocimiento, las autopistas de la información proporcionan a los interesados herramientas cómodas y sencillas para relacionarse con los entes que integran el sector público y el legislador debe ser receptivo a esta nueva realidad. El regulador comunitario se ha percatado del potencial de estas herramientas que permiten simplificar los procedimientos de adjudicación añadiendo transparencia y publicidad¹⁴⁶⁰, y ahorrar tiempo¹⁴⁶¹, haciendo referencia expresa a los mismos en la nueva directiva. En esta línea, me gustaría destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en pos de la contratación pública electrónica, de 20 de abril de 2012, es te documento la Comisión cifra el ahorro, por el uso de sistemas electrónicos, se cifra entre un 5% y un 20%.

¹⁴⁶⁰ El considerando 35 de la directiva 2004/18/CE, dice que: “Habida cuenta de las nuevas tecnologías de la información y de las simplificaciones que pueden implicar para la publicidad de los contratos y en términos de eficacia y transparencia de los procedimientos de adjudicación, conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información. En la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás estados miembros.”.

¹⁴⁶¹ El considerando 38 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “La utilización de medios electrónicos permite ahorrar tiempo. Por consiguiente, deben establecerse reducciones de los plazos mínimos en caso de utilización de esos medios electrónicos, a condición, no obstante, de que sean compatibles con las modalidades específicas de transmisión previstas a escala comunitaria.”.

El TRLCSP ha sido sensible a todas estas cuestiones y ha introducido medios electrónicos para dotar de publicidad a las licitaciones, en particular citamos el perfil de contratante, que se concibe como un instrumento para asegurar la transparencia de la actividad contractual a través de Internet¹⁴⁶².

C) *Licitación*¹⁴⁶³: A la licitación dedica la Ley la Subsección 3ª, del capítulo I, del título I, del libro III; que abarca los artículos del 143 y sig.. Lo primero que llama la atención es que no existe en nuestra Ley de Contratos, a diferencia que en Francia¹⁴⁶⁴, un concepto jurídico

¹⁴⁶² Al perfil de contratante dedica la LCSP su artículo 42, que dice que: “ 1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación. 2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos. 3. En el sistema informático que soporte el perfil de contrato deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo. 4. La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III.”.

Acerca del perfil de contratante, se presentó una enmienda de modificación, por el grupo parlamentario catalán (Convergència i Unió), al artículo 42.2 de la Ley cuya justificación era la siguiente, dicen que: “Es necesario dotar de mayor detalle, obligatoriedad y transparencia, a los datos que se publique sobre el perfil de contratante. Teniendo en cuenta la importancia que para las empresas tiene la necesidad de realizar una planificación anual de sus actividades en materia de contratación con el sector público, la figura del perfil de contratante y la publicación del mismo se considera esencial para conseguir una mayor transparencia y publicidad en las actividades de contratación de las Administraciones Públicas.

A tales efectos, la publicación en Internet de dicho perfil de contratante que se recoge en el artículo 42 del Proyecto resulta muy general, potestativa e incompleta, por lo que debería regularse de forma obligatoria, con mayor concreción y detalle, el contenido de las previsiones de contratación a desarrollar, cada año, por el órgano administrativo, fijando incluso plazos o calendarios tentativos.”.

¹⁴⁶³ Dentro de la licitación, nuestra doctrina más autorizada destaca un acto especialmente significativo cual es el anuncio de licitación, en este sentido, J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de...*, op. cit., pág. 220, dice que: “El anuncio de licitación es el acto que inicia el procedimiento de selección del contratista, que continuará con la adjudicación del contrato. Como se ha dicho “sirve a la publicidad del procedimiento”. Rige para todos los procedimientos, a excepción del negociado en los casos que legalmente se admite la no publicidad.

¹⁴⁶⁴ En este sentido el artículo 33 del Código de Contratación Pública francés, se preocupa de dar una definición de licitación, diciendo que: “La licitación es el procedimiento por el cual la entidad pública elige la oferta económicamente más ventajosa, sin negociación, basándose en criterios objetivos previamente puestos

de que debemos entender por licitación, tampoco aclara por completo nuestras dudas el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁴⁶⁵, que se centra en el acto de ofrecimiento. Nuestra mejor doctrina alude a la finalidad de la licitación que es garantizar la igualdad de los particulares, y la obtención por la Administración de condiciones más ventajosas (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.)¹⁴⁶⁶.

Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, en particular, la regulación contenida en el TRLCSP y adoptando una visión reduccionista de la fase de licitación, podemos decir que para la Ley la licitación es la fase del procedimiento de contratación en la que los candidatos presentan sus ofertas o solicitudes de participación, es pues la fase de presentación de ofertas¹⁴⁶⁷. También sería posible defender una visión más amplia de la fase de licitación, que incluiría la convocatoria de la licitación¹⁴⁶⁸; pero quizás esta visión resultaría demasiado forzada, por ese motivo me inclino por la visión reduccionista explicada anteriormente.

En la fijación de los plazos¹⁴⁶⁹ de recepción de ofertas y solicitudes de participación¹⁴⁷⁰ el órgano de contratación tiene que tener en cuenta la complejidad del contrato,

en conocimiento de los candidatos. La licitación podrá ser pública o restringida. Se considera que la licitación es pública cuando cualquier candidato puede presentar una oferta. Se dice que la licitación es restringida cuando sólo pueden presentar ofertas los candidatos que hayan sido autorizados a ello tras una selección. La persona responsable del contrato será libre de elegir entre las dos modalidades de licitación. El contrato será adjudicado por la persona responsable del contrato previo dictamen de la mesa de contratación en el caso del Estado, de los entes públicos del sector sanitario y de los entes públicos de carácter social o médico- social, o bien por la mesa de contratación en el caso de las entidades territoriales.”. En Francia el concepto de licitación parecer ser más amplio que en España, ya que abarca hasta la fase de elección del contratista.

¹⁴⁶⁵ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que licitar es: Ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda. Alude pues al acto de ofrecer precio por algo.

¹⁴⁶⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de derecho administrativo I*, op. cit. pág.702.

¹⁴⁶⁷ Como hemos podido comprobar el legislador español ha optado por dar una noción restringida de la fase de licitación, en vez de optar por una visión más amplia, como ha hecho el legislador francés, que incluye dentro de la licitación, a la fase de adjudicación que existe en nuestro país.

¹⁴⁶⁸ Esta visión amplia se fundamentaría en lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley, que lleva por rúbrica “convocatoria de licitaciones”.

¹⁴⁶⁹ Cuando hay una declaración de urgencia, se produce una reducción de los plazos de licitación.

estableciéndose un límite mínimo que es que establece la Ley¹⁴⁷¹, así lo establece el artículo 143 del TRLCSP¹⁴⁷².

Probablemente el acto más importante que se produce en la fase de licitación del contrato sea el de la presentación de las proposiciones por los interesados, ya que la finalidad de esta fase no es otra que permitir a los interesados presentar sus ofertas, por ese motivo entiendo que la sistemática más adecuada es ir comentando cada uno de los apartados del artículo 145 del TRLCSP.

En primer lugar, la Ley comienza apuntando que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, suponiendo

¹⁴⁷⁰ En definitiva estos son los plazos de la fase de licitación del contrato.

¹⁴⁷¹ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de ...*, op. cit., pág. 221, dice, acerca del anuncio que: "...El anuncio ha de contener los datos suficientes para que la información sea efectiva. En ese sentido el "día, hora y lugar en que haya de manifestarse la licitación" se consideran esenciales y han de tener la suficiente claridad para no inducir a error, siendo en caso contrario motivo de nulidad."

¹⁴⁷² El artículo 143 del TRLCSP (antes artículo 127 LCSP), dice que: "Los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta Ley"; acerca de este precepto es interesante comentar dos enmiendas de adición presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ. PNV, enmienda núm. 31) y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda número 76. En ambos casos se proponía añadir a este precepto un segundo apartado, que en la enmienda del PNV tendría la siguiente redacción: " 2. En la presentación de oferta que se realice de manera telemática, y para evitar todo retraso consecuencia de los azares de la transmisión electrónica que podrían tener lugar, las ofertas se podrán enviar en la forma de doble envío. En primer lugar, los licitadores transmitirán su intención de presentar una licitación electrónica en un documento validado por su firma electrónica reconocida. La recepción de esta firma señalará una fecha y hora cierta de recepción de la oferta. En segundo lugar, se transmitirá, también autenticada por su firma electrónica reconocida, la oferta misma en un plazo máximo de 12 horas.", cabe señalar que en el texto propuesto por el Partido Popular, el plazo en vez de ser de 12 horas se fija en 24. Estas dos enmiendas se justifican en la necesidad de fomentar el uso de las nuevas tecnologías generando a los contratistas confianza en su uso, se dice en la justificación de ambas que en la forma clásica de presentar ofertas (en un registro) no media un lapso de tiempo entre que la oferta se presenta y se acaba de presentar, es instantáneo, sin embargo en la presentación telemática si que media ese lapso, existiendo el peligro de que cuando el licitador empiece a enviar la oferta lo haga dentro de plazo, y que la transmisión acabe fuera de plazo. Hay que decir que finalmente esta enmienda no fue aceptada, de haber sido aceptada creemos que se estaría creando un riesgo para la competición se inicia en la fase de licitación y que finaliza en la de adjudicación, puesto que el licitador que optara por presentar la oferta de manera telemática dispondría de un plazo mayor que el que la presentara en un registro (de 12 o de 24 horas dependiendo de la enmienda que se hubiera aceptado), atentando de esta manera contra el principio de igualdad que debe inspirar la contratación pública, y si tenemos en cuenta que la licitación es un procedimiento de los de concurrencia competitiva, se estaría otorgando una ventaja competitiva que a algunos de los participantes en perjuicio de otros.

la presentación la aceptación de la totalidad de las cláusulas y condiciones del contrato, así lo dice textualmente el artículo 145.1 del TRLCSP, que dice que:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares¹⁴⁷³, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna¹⁴⁷⁴.”.

El siguiente apartado establece la regla del carácter secreto de las proposiciones, y las excepciones que hay a esa regla general, así dice que:

“2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública¹⁴⁷⁵, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.¹⁴⁷⁶”.

El artículo 145.3 del la TRLCSP restringe el número de proposiciones que puede presentar cada licitador a que no sea más de una, si bien establece dos importantes excepciones. El citado precepto dice textualmente que:

¹⁴⁷³ Este ajuste de la oferta a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, busca a nuestro juicio una uniformidad o coherencia en la forma de presentar las proposiciones, que permita al órgano de contratación sistematizar de una manera más adecuada la información contenida en las ofertas.

¹⁴⁷⁴ El último inciso de este precepto, constituye una manifestación del principio general del derecho, que se basa en el principio de la buena fe, de que nadie puede ir en contra de sus propios actos. De esta manera cuando un interesado no este conforme con el clausulado del contrato, debe impugnarlo antes de presentar su oferta, ya que si lo impugnara en un momento posterior estaría yendo en contra de sus propios actos.

¹⁴⁷⁵ Debe recordarse que cuando para adjudicar el contrato se promueve una licitación que se hace pública, ese procedimiento es un procedimiento de concurrencia competitiva. La clave de la competición, lo que hará que el contrato se adjudique a uno u otro licitador será la proposición que se haga, por lo tanto si se pudieran conocer los términos de las ofertas se vería alterada la competición.

¹⁴⁷⁶ Al amparo de lo establecido en la legislación se estableció una doctrina por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al interpretar el artículo 80 del TRLCAP, en lo relativo a los procedimientos negociados, doctrina que entendemos que sigue en vigor puesto que la redacción del actual artículo 129.2 es similar a la que contenía el antiguo artículo 79 TRLCAP, como muestra de la misma podemos citar el Informe 21/ 1997, de 14 de julio de la JCCA, que dice que: “ No es aplicable a las ofertas en el procedimiento negociado el artículo 80 (actual artículo 145.2 del TRLCSP) en cuanto al carácter secreto de las proposiciones u ofertas, pues no resulta imprescindible su presentación en sobre cerrado y su apertura con posterioridad a la de la documentación complementaria; si bien, debe considerarse que sí quedan afectadas por el secreto en cuanto a los datos que los interesados presentan o facilitan a las Administraciones Públicas. Es decir, no son públicas frente a terceros.”.

“3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición¹⁴⁷⁷, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 131 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 132 sobre la presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas suscritas.¹⁴⁷⁸”.

Un supuesto que para el legislador merece un apartado específico dentro del artículo 145 es el de las empresas vinculadas¹⁴⁷⁹. Nos encontramos ante un supuesto distinto del anterior, aunque guarda alguna similitud, se trata de aquellos casos en los que existen lazos entre un grupo de empresas, presentándose a la licitación varias empresas de un mismo grupo¹⁴⁸⁰. Parece lógico que ante una situación como la detallada el legislador se preocupe y establezca reglas para velar por la limpieza del procedimiento de licitación, estas reglas se contienen en el artículo 145.4 del TRLCSP, que dice que:

“4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación

¹⁴⁷⁷ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de ...*, op. cit., pág. 223, dice que: “La respuesta al acto de invitación que implica el anuncio de licitación son las proposiciones a presentar por quienes aspiran a ser contratistas.”.

¹⁴⁷⁸ Este precepto establece una regla que lo que busca es garantizar la limpieza de la competición, evitando que un mismo licitador, por sí o por medio de una unión temporal, pueda presentar varias proposiciones alterando el procedimiento de adjudicación, puesto que podría presentar proposiciones anormalmente bajas o elevadas para buscar la adjudicación a su favor.

¹⁴⁷⁹ Informe 53/07, de 24 enero de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dice que: “1. La presentación en un proceso de licitación por varias empresas pertenecientes a un mismo grupo no da lugar a su calificación como ofertar simultáneas. 2. Sin embargo, este hecho no carece de efectos jurídicos, pues aunque deban admitirse todas ellas, solo se tendrá en cuenta la más baja de todas las presentadas por las mencionadas empresas a efectos de determinar si alguna de las ofertas incurre en temeridad o es anormalmente baja.”.

¹⁴⁸⁰ Se produce aquí una paradoja ya que si bien las empresas tienen una distinta personalidad jurídica; también es más cierto que sus órganos de dirección pueden que sean los mismos, y si no lo son una de ellas puede que domine las otras pudiendo imponerle determinadas acciones.

del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152¹⁴⁸¹.

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio¹⁴⁸².”.

Finalmente la Ley se preocupa de la forma en la que debe consignarse el importe del Impuesto Sobre el Valor Añadido. Dice el artículo 145.5 de la Ley que:

“5. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.”.

Quisiera aprovechar este apartado dedicado a la consignación del IVA, para hacer una breve reflexión acerca de la forma de valorar el IVA en las ofertas, ya que bajo la vigencia de la anterior Ley¹⁴⁸³ se venía manteniendo que para la consideración de las ofertas económicas debería de valorarse la oferta bruta es decir incluido el IVA¹⁴⁸⁴. Ahora tras la entrada en vigor de la LCSP la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado viene manteniendo un criterio distinto¹⁴⁸⁵, debiendo excluirse el IVA en la valoración

¹⁴⁸¹ Debemos advertir que la solución ideada por el legislador es a nuestro entender correcta. Cualquier solución que se adopte sobre esta cuestión debe moverse en el respeto al principio de libertad de concurrencia y a la necesidad de velar por la limpieza de la competición.

¹⁴⁸² El artículo 42.1 del Código de Comercio, dice que: “1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de una sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tengan la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.”.

¹⁴⁸³ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

¹⁴⁸⁴ En este sentido el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 2/2007 de 29 de mayo de 2007, dice en relación con la valoración de las ofertas no exentas del IGIC (impuesto equivalente al IVA), que: “La determinación de cual sea la oferta más baja económicamente en las licitaciones en las que concurren empresas exentas del IGIC, en concurrencia con licitadores no exentos de dicho impuesto, ha de realizarse teniendo en cuenta los importes brutos ofertados, incluyendo el IGIC a repercutir a la Administración por los licitadores no exentos del impuesto.”.

¹⁴⁸⁵ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 07/08, de 29 de septiembre de 2008, dice que: “La valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de

económica que se haga de las ofertas, de esta manera las entidades exentas del IVA competirán en condiciones de igualdad con las que sí que están sujetas a este tributo¹⁴⁸⁶.

Para concluir el análisis de este precepto cabe aludir a una enmienda presentada por el grupo parlamentario Popular en el Congreso, la núm. 77, de adición, por la que proponía la especificación de los formatos electrónicos en los que se puede enviar una oferta cuando el envío se haga por vía telemática, se proponía dotar a este precepto de un apartado 6, cuya redacción habría sido la siguiente:

“6. En los casos en los que se admita la posibilidad de licitar electrónicamente en el procedimiento de contratación, en el pliego de condiciones administrativas el órgano de contratación deberá indicar los formatos electrónicos en los que se admitirá que se envíen las ofertas y la administración se compromete a leer.”¹⁴⁸⁷.

La citada enmienda no se admitió hecho este que creo que es un error, ya que este apartado debe valorarse pensando en el futuro. El sector de las comunicaciones electrónicas es un sector que avanza a una velocidad vertiginosa, este avance tiene como una de sus manifestaciones la diversidad de sistemas, de opciones, de formatos, por ese motivo habría sido conveniente ofrecer a la Administración la posibilidad de acotar dentro de la galaxia de formatos electrónicos que nos esperan en el futuro. Si bien considero acertada la enmienda comentada, en cuanto al contenido, igual este no es el lugar adecuado para que se establezca, sino que el sitio más correcto para esta estipulación sería el futuro reglamento de desarrollo de la Ley. La enmienda, es una consecuencia del carácter excesivamente

Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo.”.

¹⁴⁸⁶ En este caso la aplicación práctica que de este principio hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resulta llamativa, ya que en base a la misma se perjudican los intereses de la Administración que no tiene facilidades para optar por el contratista exento del impuesto, que previsiblemente le hará una mejor oferta económica. Creo que esto es consecuencia de lo que ya se ha comentado en otras ocasiones, a saber, el derecho comunitario está produciendo una mutación en las bases institucionales sobre las que se asienta nuestra contratación pública. Muestra de dicha mutación es la solución comentada, ya que tradicionalmente los principios informadores de la contratación pública han sido conducentes a garantizar que la Administración se hiciera con la mejor oferta económica, independientemente de que el ordenamiento jurídico reconociera una ventaja competitiva a un licitador en detrimento de otros (exención del IVA), ahora la situación ha cambiado y por aplicación del principio comunitario de igualdad de trato (tantas veces comentado) se prefiere que la Administración reciba una peor oferta.

¹⁴⁸⁷ La enmienda se justificaba en que el número de formatos electrónicos en los que se puede enviar un documento, y por lo tanto también una oferta son ilimitados.

reglamentario de la Ley de Contratos que es una norma tendente a incluir en su seno cuestiones que quizás sean más propias de un reglamento, como es el caso de la enmienda citada.

Cabe continuar con el análisis de la subsección dedicada a la licitación señalando que la Ley dedica un artículo a detallar la documentación que deben presentar los licitadores para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos¹⁴⁸⁸; y otro a la regulación del régimen de admisibilidad de variantes¹⁴⁸⁹. Creo que al regular estos dos preceptos cuestiones

¹⁴⁸⁸ El artículo 146 del TRLCSP, dice que: “1. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos: a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación. b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación. c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación definitiva, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta. 2. Cuando con arreglo a esta Ley sea necesaria la presentación de otros documentos se indicará esta circunstancia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación. 3. Cuando la acreditación de las circunstancias mencionadas en las letras a y b del apartado 1 se realice mediante la certificación de un Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas prevista en el apartado 2 del artículo 72, o mediante un certificado comunitario de clasificación conforme a lo establecido en el artículo 73, deberá acompañarse a la misma una declaración responsable del licitador en la que manifieste que las circunstancias reflejadas en el correspondiente certificado no han experimentado variación. Esta manifestación deberá reiterarse, en caso de resultar adjudicatario, en el documento en que se formalice el contrato, sin perjuicio de que el órgano de contratación, pueda, si lo estima conveniente, efectuar una consulta al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. El certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas podrá ser expedido electrónicamente, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos o en el anuncio del contrato. Si los pliegos o el anuncio del contrato así lo prevén, la incorporación del certificado al procedimiento podrá efectuarse de oficio por el órgano de contratación o por aquél al que corresponda el examen de las proposiciones, solicitándolo directamente al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, sin perjuicio de que los licitadores deban presentar en todo caso la declaración responsable indicada en el párrafo anterior.”.

¹⁴⁸⁹ El artículo 147 de la Ley se ocupa de la admisibilidad de variantes, dice que: “1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. 2. La posibilidad de los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su representación. 3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de un contrato de servicios.”.

secundarias, no es necesario que me extienda en su comentario; no obstante sí que comentaré el apartado 3 del artículo 147 del TRLCSP, que dice que:

“3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de un contrato de servicios.”.

Se hace ésta parada en este apartado con el fin de resaltar que el legislador admite implícitamente, que en ocasiones la línea divisoria entre el contrato de servicios y el de suministro es muy débil, tanto que la presentación de una simple variante por parte del contratista podría llevar a cambiar la calificación del contrato.

D) *Las Subastas Electrónicas*: La Ley retoma el término subasta¹⁴⁹⁰, para aludir a una nueva forma de licitación de los contratos del sector público que tiene su apoyo en las nuevas tecnologías¹⁴⁹¹. Se trata de una técnica de licitación compleja que merece un análisis más detallado que el resto de técnicas. Este sistema es una manifestación de la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública, y que nuestra mejor doctrina atribuye al contexto histórico actual (GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, S.¹⁴⁹²)

D.1) *Concepto legal de subasta electrónica*: El artículo 148.1 del TRLCSP concibe la subasta electrónica como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de nuevos precios o de nuevos valores referentes a determinados elementos de la oferta, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ Decimos que lo retoma, porque con la nueva Ley han desaparecido la subasta y el concurso, y ha aparecido el concepto de la oferta económica más ventajosa.

¹⁴⁹¹ No olvidemos que la Ley, que se ha dictado en el siglo XXI, es una Ley que se encuentra llamada a regular la contratación del sector público durante las próximas décadas. Una norma de esta trascendencia no puede dar la espalda a las ventajas que representan las nuevas tecnologías, puesto que de hacerlo la regulación contenida en la misma nacería obsoleta.

¹⁴⁹² S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., pág. 317, dice que: “El apoyo a las nuevas tecnologías, en materia de contratación administrativa, no es fruto de una casualidad. Más bien, existe un contexto general que propicia su empleo en el ámbito de la Administración pública.”.

¹⁴⁹³ La principal nota característica de este sistema de subasta electrónica es que la valoración de las ofertas la hace una aplicación informática, lo que le convierte en un sistema objetivo de licitación, puesto que la

Las subastas electrónicas, se inscriben, dentro de una estrategia global de cambio de los procedimientos de licitación de los contratos, tendente a la introducción de las nuevas tecnologías de la información. En ese sentido cabe citar la Declaración Ministerial de Manchester, de 24 de noviembre de 2005, en la que se acordó que todas las administraciones públicas de Europa estarán en condiciones de efectuar por vía electrónica el 100% de su contratación, y al menos el 50% de la contratación pública que supere el umbral de la UE se efectuará por vía electrónica, para 2010. También se puede aludir a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia en pos de la contratación pública electrónica, de 20 de abril de 2012, en la misma se señalan como ventajas de la contratación pública electrónica la generación de menos residuos, la consecución de unos mejores resultados al generarse una mayor competencia, el ahorro de costes (de entre un 5% y un 29%), y la simplificación de las cargas burocráticas tanto a nivel interno, como externo. La Comisión señala que los dos principales problemas para la generalización de estos procedimientos son la inercia mostrada por algunos interesados, y la fragmentación del mercado que puede dar lugar a una gran variedad de sistemas. Concluye señalando que la implantación de un sistema plenamente electrónico no plantea dificultades de índole técnica o tecnológica. Se trata de un reto político que debe plantearse y superarse al máximo nivel.

D.2) *Ámbito de aplicación de la subasta electrónica:* Conforme al artículo 148 .2 del TRLCSP la subasta electrónica se puede emplear en los procedimientos abiertos, restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 170.a.

Se imponen por el legislador tres límites al uso de la subasta electrónica: El primero, es que las especificaciones técnicas puedan establecerse de manera precisa¹⁴⁹⁴; el segundo, que las prestaciones que constituyen el objeto del contrato no tenga un carácter intelectual¹⁴⁹⁵; y el

adjudicación se fundamenta en una valoración que hace una máquina, en base a ciertos factores correctores que se encuentran predeterminados.

¹⁴⁹⁴ Esta primera licitación parece lógica, si tenemos en cuenta que lo que la Ley busca es un sistema de licitación objetivo.

¹⁴⁹⁵ Esta previsión que recoge la Ley, afecta de lleno a la categoría contractual que nos preocupa en este trabajo, ya que nos es bien sabido que dentro las prestaciones del contrato de servicios hay algunas que tienen

tercero, que no se acuda a la subasta electrónica de forma abusiva¹⁴⁹⁶, de forma que se restrinja o falsee la competencia.

D.3) *Obligaciones formales*: La Ley impone, en el artículo 148.4 del TRLCSP, una serie de obligaciones formales a los órganos de contratación que decidan acudir a la subasta electrónica. De esta forma los órganos de contratación que decidan acudir a la subasta electrónica, deberán indicarlo en el anuncio de licitación e incluir en el pliego de condiciones la siguiente información:

- a) Los elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica¹⁴⁹⁷;
- b) en su caso, los límites de los valores que pondrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato;
- c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará;
- d) la forma en que se desarrollará la subasta¹⁴⁹⁸;

un carácter claramente intelectual. El peso del carácter intelectual de la prestación es, a nuestro juicio, tan importante que nosotros nos hemos atrevido a utilizar el carácter intelectual como criterio clasificatorio de los contratos de servicios.¹⁴⁹⁵ En este sentido el considerando de la Directiva 2004/ 18/ CE, dice que: “.....Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras.

¹⁴⁹⁶ La expresión de forma abusiva introduce un factor de indeterminación, a la hora de valorar el hecho de que se acuda a este método de licitación. En este sentido, es interesante la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario en el Congreso de los Diputados de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, núm. 128, de supresión de este inciso; la citada enmienda se justificaba en la necesidad de eliminar la fuerte inseguridad jurídica que genera este inciso.

¹⁴⁹⁷ Estos elementos pueden ser de dos tipos, el primero, las mejoras en el precio; y el segundo, elementos de las ofertas que mejoren el conjunto; ambos deben ser susceptibles de ser evaluados automáticamente. En aquellos casos en los que las variaciones en la subasta no se refieran al precio del contrato, sino a otros valores, los mismos deben ser cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.2 de la TRLCSP.

¹⁴⁹⁸ A nuestro entender este inciso se refiere a la posibilidad de que la subasta se desarrolle en fases sucesivas.

- e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja;
- f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

D.4) *Procedimiento*: El análisis del procedimiento por medio del cual se canaliza el nuevo sistema de licitación nos suscita ciertas incertidumbres, que vienen motivadas por la innovación que supone el sistema, innovación que se inscribe a su vez dentro del cambio que ha supuesto la nueva Ley con respecto a la regulación anterior. Por ese motivo se opta por hacer un análisis simple del nuevo procedimiento, dividiéndolo en cinco partes distintas que a continuación se exponen:

Primera parte: Como requisito previo a la subasta electrónica es necesario que se proceda a una evaluación completa de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación. Esta primera evaluación servirá para realizar una primera clasificación de las ofertas¹⁴⁹⁹.

Segunda parte: Invitación a presentar nuevas ofertas¹⁵⁰⁰. Una vez que se ha producido la evaluación de las ofertas, se invita a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta; es en esta fase en la que los licitadores deben competir por hacer la mejor oferta y conseguir la adjudicación del contrato.

¹⁴⁹⁹ La importancia de esta primera fase ha sido puesta de manifiesto por la Comisión de las Comunidades Europeas en su dictamen de 14 de agosto de 2003, Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del párrafo tercero del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la Posición común del Consejo sobre las propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en el mismo dice que: "... una primera evaluación completa de las ofertas por el poder adjudicador es indispensable para poder realizar después una nueva clasificación durante la fase de subasta electrónica."

¹⁵⁰⁰ Al contenido de la invitación se refiere el artículo 148.6 del TRLCSP, que dice que: "La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica. Igualmente se indicará en ella la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten. Esta fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio de licitación o en el pliego, para lo cual, las eventuales bandas de valores deberán expresarse precisamente con un valor determinado. En caso de que autorice la presentación de variantes o mejoras, se proporcionarán fórmulas distintas para cada una, si ello es procedente. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, se acompañarán a la invitación el resultado de las oferta presentada por el licitador."

Por último el legislador se ocupa de establecer un lapso de tiempo entre el envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica, tiempo que como mínimo debe ser de dos días hábiles¹⁵⁰¹, a contar desde la fecha del envío de las invitaciones¹⁵⁰².

Tercera parte: Posibilidad de la existencia de sucesivas fases en el procedimiento. En función de cuál sea el objeto del contrato que se pretenda licitar¹⁵⁰³, la Ley establece la posibilidad de que la licitación se desenvuelva en sucesivas fases (artículo 148.8 del TRLCSP). En cada una de las fases se reproduciría el proceso que ya conocemos, esto es una clasificación de las ofertas y la eliminación de las que no cumplan determinados requisitos¹⁵⁰⁴.

Cuarta parte: Cierre de la subasta. Como antesala de la última fase de este procedimiento de licitación, encontramos el cierre de la subasta. La subasta es un acto en el que varias personas pujan por algo, trasladado al ámbito de la contratación pública se puede decir que es un procedimiento en el que los licitadores pujan por un contrato, en dicho procedimiento tiene que haber un término inicial y otro final, ahora se analiza el término final.

De este término final se ocupa el artículo 148.10 del TRLCSP, que dice que:

“El cierre de la subasta se fijará por referencia a uno o varios de los siguientes criterios:

a) Mediante el señalamiento de una fecha y hora concretas, que deberán ser indicadas en la invitación a participar en la subasta.

¹⁵⁰¹ En este punto el legislador sigue a pies juntillas lo establecido en la Directiva 2004/18/ CE, en su artículo 54.4.2º.

¹⁵⁰² Así lo dice el artículo 54.4.2º de la Directiva 2004/18/ CE, que a nuestro juicio resulta más esclarecedor que la LCSP, aunque la Ley adopta una solución idéntica en cuanto al momento en que comienza el cómputo del plazo.

¹⁵⁰³ Hay que advertir que nada dice la Ley acerca de que las sucesivas fases se vinculen al objeto que tenga el contrato, pero nosotros entendemos que debe ser la complejidad del objeto la que determine la posibilidad de celebrar sucesivas fases. Tendría poco sentido desarrollar un contrato en fases sucesivas si por sus características se puede sustanciar en una sola.

¹⁵⁰⁴ El artículo 148. 9 del TRLCSP, dice acerca de las fases de la subasta que: “A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento. Adicionalmente, se podrá facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad.”.

b) Atendiendo a la falta de presentación de nuevos precios o de nuevos valores que cumplan los requisitos establecidos en relación con la formulación de mejoras mínimas.

De utilizarse esta referencia, en la invitación a participar en la subasta se especificará el plazo que deberá transcurrir a partir de la recepción de la última puja antes de que se declare el cierre.

c) Por finalización del número de fases establecido en la invitación a participar en la subasta. Cuando el cierre de la subasta deba producirse aplicando este criterio, la invitación a participar en la misma indicará el calendario a observar en cada una de las fases.”.

Quinta fase: Adjudicación del contrato. Para ser respetuosa con la sistemática de la Ley, el TRLCSP alude a que una vez concluida la subasta el contrato se adjudicará conforme a lo establecido en el artículo 151; no hay mucho que comentar acerca de esta fase, ya que la misma no supone sino que el cierre de este procedimiento.

- Sucesión en el procedimiento de licitación: Finalizará el análisis de la fase de licitación aludiendo a la sucesión en el procedimiento. La sucesión se produce cuando en el lapso de tiempo que va hasta la adjudicación del contrato, se extingue la personalidad jurídica de la empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o transmisión de su patrimonio empresarial. En este caso, le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación, así lo dice el artículo 149 de la Ley.

3. Criterios de valoración de las ofertas. Concepto de oferta económica más ventajosa.

Una de las cuestiones clave de todo el procedimiento de contratación es la que alude a la forma de valorar las ofertas que se presenten¹⁵⁰⁵, ya que de esta forma dependerá la adjudicación del contrato a uno u a otro licitador, estos criterios de valoración deben ser tendencialmente objetivos¹⁵⁰⁶, debido a que esa objetividad ayuda a evitar desviaciones¹⁵⁰⁷ en la adjudicación del contrato.

En esta materia la Ley ha introducido una novedad, a mi juicio más aparente que real, cual ha sido la importación del derecho comunitario del concepto de *proposición económica más ventajosa*¹⁵⁰⁸, con este nuevo término desaparecen los tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico de subasta y concurso. Ahora el sistema pivota sobre el concepto apuntado, buscando los criterios de valoración llegar a determinar oferta económica más ventajosa¹⁵⁰⁹ para cada tipo de contrato¹⁵¹⁰.

*e.1) Concepto de oferta económica más ventajosa*¹⁵¹¹: Como paso previo al análisis de los criterios de valoración se debe depurar el concepto de oferta económica más ventajosa, ya

¹⁵⁰⁵ Por lo que respecta al momento procesal en el que debe producirse la valoración de las ofertas, J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *La adjudicación de los contratos*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 263 dice que: “Una práctica administrativa favorable al principio de transparencia consiste en que la valoración de los aspectos técnicos del concurso se realice antes de abrir las proposiciones económicas, con lo que se impide que dicha valoración pueda verse influida erróneamente por el deseo de, conocido el dato de la oferta económica, asignar a un licitador los puntos necesarios para obtener el contrato.”.

¹⁵⁰⁶ El considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva....”.

¹⁵⁰⁷ Cuando hablamos de desviaciones, nos referimos a aquellas adjudicaciones que no se hacen al candidato que ha presentado la mejor oferta.

¹⁵⁰⁸ Como veremos a lo largo de esta líneas, la importación no ha sido total, sino que en el concepto comunitario de proposición económica más ventajosa se han introducido ciertas modulaciones, con el fin de realizar una labor de simplificación conceptual.

¹⁵⁰⁹ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *La adjudicación de los contratos*, op. cit. pág. 265, este autor analiza los conceptos utilizados por el legislador foral navarro, señalando que en esa región se utiliza el término precio ofertado (equivalente a la antigua subasta) y oferta más ventajosa (que equivale al anterior concurso).

¹⁵¹⁰ Sobre el impacto que ha supuesto la introducción del concepto oferta económica más ventajosa, J.A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley ...*, op. cit., dice que: “La nueva Ley abandona la tradicional terminología española de subasta y concurso y opta por introducir la terminología comunitaria europea de oferta económica más ventajosa....”.

¹⁵¹¹ LA BALLESTEROS MOFFA, *La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas*, Revista de Administración Pública, núm. 180, 2009, pág. 25,

que en definitiva los criterios de valoración tienen como finalidad llegar a determinar esa oferta económica más ventajosa. La búsqueda del concepto debe iniciarse en el derecho comunitario que es de donde ha importado el concepto el legislador español, para posteriormente acudir a nuestro ordenamiento y ver las modulaciones que presenta dicho concepto en nuestro país. Tal y cómo apunta, MEILÁN GIL, J.L., la jurisprudencia ha declarado que el concepto proposición más ventajosa es un concepto jurídico indeterminado,¹⁵¹² en esa misma línea encontramos a GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, S., que nos recuerda que: “En puridad, más que ante una discrecionalidad estricta estamos ante la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo es del “oferta más ventajosa”¹⁵¹³.

*e.1.a) Concepto comunitario de oferta económicamente más ventajosa*¹⁵¹⁴: El regulador comunitario maneja dos criterios de adjudicación, el precio más bajo, y la oferta económica más ventajosa¹⁵¹⁵, que los conceptúa como dos criterios distintos e independientes.

La aplicación criterio del precio más bajo procede como criterio para los contratos en los que el precio es el único factor a valorar para adjudicar el contrato, así lo establece expresamente el artículo 53.1.b de la Directiva 2004/18/ CE¹⁵¹⁶.

dice que: “De esta doble posibilidad en la valoración de las ofertas y selección del adjudicador se colige que nuestro legislador ha asumido la terminología comunitaria de “oferta económicamente más ventajosa”, como expresión relativa a los criterios que el órgano competente ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los distintos procedimientos, pero sin trascender en puridad de las formas de adjudicación conocidas tradicionalmente en nuestro Derecho, que siguen reconociéndose de facto.”.

¹⁵¹² J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de ...*, op. cit., pág. 231.

¹⁵¹³ S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit. Pág. 269.

¹⁵¹⁴ J.M. GIMENO FELIÚ, *La adjudicación de los contratos: oferta económicamente más ventajosa*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, dice que: “En definitiva, que subsisten de hecho las dos formas de clásicas de adjudicación de contratos”.

¹⁵¹⁵ El considerando 46 de la Directiva 2004/18/ CE, en su párrafo primero, in fine, dice que: “Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.”. También ver el artículo 53 de la citada directiva dedicado a los criterios de adjudicación.

¹⁵¹⁶ Como se habrá podido advertir fácilmente cuando el único criterio a valorar es el precio, nos estamos aproximando conceptualmente a la antigua subasta regulada en el TRLCAP, cuyo artículo 74.2 decía que: “La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.”.

En los contratos cuyos criterios de adjudicación son más que el precio¹⁵¹⁷, el concepto que maneja el regulador comunitario es el de la oferta económicamente más ventajosa, esa oferta será la que presente una mejor relación calidad/ precio¹⁵¹⁸.

e.1.b) Concepto ofrecido por el legislador español de oferta económicamente más ventajosa: El legislador español, por motivos prácticos, ha optado por adoptar una posición reduccionista unificando los dos conceptos comunitarios de precio más bajo y oferta económica más ventajosa, en un único concepto, que es el de oferta económica más ventajosa¹⁵¹⁹. De esta manera en España cuando el único criterio de valoración sea el precio, o cuando los criterios sean diversos, el contrato se debe adjudicar a la oferta económica más ventajosa¹⁵²⁰.

Como apuntamos al inicio de estas líneas sobre los criterios de valoración, se ha producido un cambio significativo con la LCSP (ahora TRLCSP), con respecto a la regulación anterior, que ha sido la desaparición de la subasta y del concurso como criterios de valoración de las ofertas. La subasta procedía cuando el único criterio de valoración era el precio¹⁵²¹, mientras que el concurso buscaba la proposición más ventajosa en su conjunto,

¹⁵¹⁷ El artículo 53.1.a de la Directiva 2004/18/ CE hace una enumeración, a título de ejemplo, de los diferentes criterios de valoración que se pueden tomar en consideración para adjudicar un contrato, figurando entre otros, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.

¹⁵¹⁸ Así lo dice el párrafo 3º del considerando 46 de la Directiva 2004/18/ CE.

¹⁵¹⁹ El legislador español, se justifica de la decisión tomada en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LCSP, que dice que: “ El concepto legal de “oferta económicamente más ventajosa” es, sin embargo, más amplio que el manejado por la Directiva 2004/18, englobando tanto la noción estricta presente en la normativa comunitaria- que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración-, como el criterio del “ precio más bajo”, que dicha disposición distingue formalmente de la anterior; la Ley ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar fuera el precio, no fuese calificada como la “ económicamente más ventajosa”), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación.”.

¹⁵²⁰ Aunque el concepto sea único, es claro que lucen los dos conceptos comunitarios de oferta económicamente más ventajosa y precio más bajo.

¹⁵²¹ El artículo 74. 2 del TRLCAP, decía que: “La subasta versará sobre un tipo cierto expresado en dinero, con adjudicación al licitador que sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.”.

sin atender exclusivamente al precio¹⁵²². Si se analiza el cambio que se ha producido desde un punto de vista sustantivo, las diferencias entre la legislación anterior y la nueva regulación, no son tan significativas como en un principio podría pensarse; sino que para apreciar oferta económica más ventajosa se puede considerar únicamente el precio o se pueden valorar criterios de lo más diverso, esta observación no tiene como finalidad únicamente evidenciar lo limitado del cambio, sino advertir que gran parte de la doctrina¹⁵²³ surgida en torno a la subasta o al concurso continúa vigente a pesar de la nueva regulación¹⁵²⁴.

Con las consideraciones realizadas anteriormente sobre el cambio que implica la introducción del concepto oferta económica más ventajosa, se intenta resaltar que en este punto la innovación introducida por la Ley no tiene un calado más profundo de lo que aparentemente podría parecer.

De la oferta económicamente más ventajosa se ocupa el artículo 150.1 del TRLCSP, que dice que:

“ Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenerse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato¹⁵²⁵, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medio ambientales¹⁵²⁶ o vinculadas a

¹⁵²² El artículo 74.3 del TRLCAP, decía que: “En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.”.

¹⁵²³ Con la expresión doctrina, queremos referirnos a la doctrina científica que se haya podido ocupar del asunto; y a la doctrina que haya surgido de los tribunales de justicia.

¹⁵²⁴ De esta manera cuando el único criterio de valoración sea el precio, le resultan de aplicación parte de los principios y reglas que se aplicaban a la subasta; y cuando los criterios sean diversos se pueden aplicar gran parte de las reglas que han surgido entorno al concurso.

¹⁵²⁵ Esta referencia a la vinculación de los criterios de valoración de las ofertas al objeto del contrato, constituye una novedad que proviene de la normativa comunitaria (ver artículo 53.1.a de la Directiva 2004/18/CE); si bien consideramos que no esta de más esta referencia, es posible entender que la misma puede resultar en cierto modo redundante, ya que parece evidente que los criterios de valoración tienen que tener una relación íntima con el objeto del contrato que se trate.

¹⁵²⁶ Sobre los criterios medioambientales hay que citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Concordia bus Vinland. C- 513/99, de 17 de septiembre de 2002, que dice que: “ Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 36,

la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente el precio más bajo.”.

Se debe entender que la enumeración de criterios de adjudicación hecha en este precepto es un *númerus apertus* al igual que la contenida en el artículo 53.1.a de la Directiva 2004/18/CE, que decía que se citaban a modo de ejemplo; por lo tanto se pueden tomar en consideración otros criterios de valoración de la oferta económicamente más ventajosa diferentes a los contenidos en este precepto, siempre que los mismos se encuentren vinculados con el objeto del contrato y respeten el resto de límites que se analizarán seguidamente.

e.2) Criterios para apreciar la oferta económicamente más ventajosa: Los criterios para apreciar la oferta económicamente más ventajosa, son susceptibles de ser clasificados en base a criterios diversos, nosotros aludiremos a dos, el primero, en función de la forma de evaluación; y el segundo, en función de las características de la cantidad o cualidades de los criterios considerados. La selección de la oferta económicamente más ventajosa implica

apartado 1, letra a), de la Directiva 92/ 50 debe interpretarse en el sentido que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, una entidad adjudicadora decide adjudicar dicho contrato al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta la reducción de la emisiones de óxidos de nitrógeno o de ruido de los vehículos, de forma que, si tales emisiones o tal nivel de ruido son inferiores a un determinado límite, pueden asignarse puntos adicionales a efectos de la comparación de ofertas.”. También la Sentencia EVN y Wiwinstrom. C 448/01, de 4 de diciembre de 2003, dice que: “ Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.”.

realizar una valoración ponderada de las distintas ofertas presentadas, eso supone que cada oferta encuentra su valor en relación con las demás ¹⁵²⁷.

e.2.a) El criterio de distinción basado en la forma de evaluación de los criterios de valoración de las ofertas, encuentra su razón de ser en el TRLCSP, en concreto en su artículo 150.2, que distingue entre los criterios que pueden valorarse en cifras o porcentajes a través de la mera aplicación de formulas establecidas en los pliegos, y los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

Hay que detenerse en los últimos criterios mencionados, que son los que implican un juicio de valor ¹⁵²⁸, el motivo es doble, de una parte, estos criterios están llamados a tener un gran protagonismo en los contratos de servicios en los que prime el componente intelectual del trabajo ¹⁵²⁹ debido a que la valoración de una obra que nace de la mente humana, fruto de un esfuerzo intelectual realizado por su creador, es difícil de realizarse mediante fórmulas matemáticas, sino que más bien debe ser objeto de un juicio de valor, por ese motivo creo que los criterios basados en juicios de valor están llamados a ser la forma ordinaria de valoración de los contratos de servicios que tengan prestaciones intelectuales; de otro lado, se puede pensar, creo que correctamente que la referencia a los juicios de valor implica una valoración subjetiva de la oferta, planteándose una eventual contradicción con el derecho comunitario de la contratación pública que dice que la adjudicación se debe basar en criterios objetivos ¹⁵³⁰. La contradicción no es tal si se tiene en cuenta que la referencia a los criterios objetivos la hace el regulador comunitario en los considerandos de la Directiva

¹⁵²⁷ En este sentido la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 071/2012, de 21 de marzo de 2012, Recurso 048/2012, dice que: “Para seleccionar entre varias ofertas es imprescindible valorar ponderadamente el contenido de cada una, que no tiene un valor en si mismo sino en relación al contenido del resto de ofertas.”.

¹⁵²⁸ Resolución del Tribunal del Central de Recursos Contractuales 176/2011, de 29 de junio, Recurso 139/2011, dice que: “Los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados premisas predeterminables. La puntuación asignada a cada uno de estos criterios descansa sobre cuestiones de carácter técnico.”.

¹⁵²⁹ Como hemos señalado en múltiples ocasiones, en determinadas prestaciones del contrato de servicios se produce una clara primacía de las prestaciones que tienen un componente intelectual.

¹⁵³⁰ El considerando 46 de la Directiva 2004/18/ CE, dice que: “La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos.....”.

2004/18, que carecen de valor normativo, además el artículo 53 de la Directiva cuando se preocupa de los criterios de adjudicación no los califica como objetivos, es más recoge algunos criterios a modo de ejemplo que deberían ser objeto de una valoración subjetiva¹⁵³¹, por ese motivo me pregunto ¿qué valor jurídico tiene la referencia a la adjudicación basada en criterios objetivos que hace el considerando 46 de la Directiva 2004/18? el valor creo que es el de principio informador del establecimiento de criterios de valoración, lo que implica que los criterios de valoración basados en fórmulas subjetivas deben tener un carácter residual, debiendo ser la tendencia el establecimiento de criterios objetivos de valoración¹⁵³². Los criterios valorables en base a juicios de valor entran dentro de lo que se denomina “discrecionalidad técnica”¹⁵³³.

Ya que hemos montado una clasificación de los criterios de valoración de las ofertas basada en la forma de evaluar, nos vemos obligados a destacar el rol que juega cada uno.

Lo primero que se advierte es que hay una preponderancia de los criterios que son objeto de apreciación automática¹⁵³⁴, esta preponderancia se da en los procedimientos abiertos y restringidos. Como consecuencia de lo anterior, cuando la preponderancia de los criterios que se aprecian de forma automática sea inferior a la de los criterios que implican un juicio de valor, la Ley impone una carga a la Administración obligándola a constituir un comité

¹⁵³¹ El artículo 53.1.a de la Directiva, recoge los siguientes criterios que son susceptibles de una valoración objetiva: el valor técnico, parece difícil pensar en la valoración técnica de un proyecto en base exclusivamente a fórmulas matemáticas; también habla de las características estéticas, es indudable que las mismas han de ser objeto de una valoración subjetiva.

¹⁵³² Consecuencia del citado principio informador, en los criterios de valoración, como regla general se tiene que producir una preponderancia de los criterios objetivos de valoración.

¹⁵³³ En este sentido la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 161/2012, de 30 de julio, Recurso 143/2012, dice que: “A los criterios valorables en función de juicios de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la “discrecionalidad técnica”. También la Resolución de ese mismo Tribunal 057/2012, de 30 de marzo de 2012.

¹⁵³⁴ El artículo 150.2.2º del TRLCSP dice que: “ En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a las características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.....”. Luce a nuestro juicio aquí el principio informador de los criterios de adjudicación que advertimos anteriormente.

que cuente con un mínimo de tres miembros¹⁵³⁵, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponde realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios que implican un juicio de valor, o en su caso encomienda dicha evaluación a un organismo técnico especializado, que debe estar identificado en los pliegos¹⁵³⁶.

Lo segundo a destacar es que primero se valoran los criterios que implican un juicio de valor, y después los que se aprecian mediante la aplicación de fórmulas. La ley remite a las normas reglamentarias de desarrollo los supuestos y condiciones en los que debe hacerse pública la evaluación previa¹⁵³⁷, así como la forma en que deban presentarse las proposiciones para hacer posible esta evaluación previa¹⁵³⁸.

e.2.b) Otro criterio de clasificación de los criterios de valoración de las ofertas es el que distingue entre, cuantitativos y cualitativos, esta distinción encuentra su fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵³⁹.

¹⁵³⁵ La aparición de este comité no es sino una medida en pos de la objetividad, puesto que lo que hace es desvincular la valoración de los criterios que implican un juicio de valor de la unidad administrativa que los ha establecido encomendando dicha valoración, a un órgano independiente.

¹⁵³⁶ Ver el artículo 150.2.2º in fine de la TRLCSP. Esta solución no hace sino consagrar el sistema objetivo de valoración, como regla general, siendo manifestación pues del principio que advertíamos que brillaba sino expresamente, si implícitamente en la normativa comunitaria de contratación.

¹⁵³⁷ La expresión “evaluación previa”, debe entenderse que alude a los criterios que implican un juicio de valor.

¹⁵³⁸ Estas circunstancias aparecen previstas en el artículo 150.2.3º de la TRLCSP, que dice que: “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”.

¹⁵³⁹ Citamos a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea Concordia Bus Finland, C- 513/99, de 17 de septiembre de 2002, en la que el Tribunal dice que: “ Así, procede recordar en primer lugar que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe, en efecto, poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate.” Admite pues el Tribunal la posibilidad de utilizar ambos tipos de criterios de adjudicación. El Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006, reconoce la influencia comunitaria en la fijación de los criterios de adjudicación de los contratos, en particular, de los cuantitativos y cualitativos.

Los criterios cuantitativos, son los que hacen referencia a una cantidad, o más concretamente al precio ofertado por el contratista.

Los criterios cualitativos son los que se refieren a las cualidades de la oferta presentada, tales como la calidad, las características medio ambientales¹⁵⁴⁰, las características estéticas o funcionales¹⁵⁴¹, las medidas sociales de lucha contra el desempleo¹⁵⁴², la experiencia¹⁵⁴³ y

¹⁵⁴⁰ Sobre la inclusión de valores medio ambientales en el ámbito de la contratación pública, puede citarse la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, (2001/C 333/07), se destacan como principales conclusiones las siguientes: Los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto del contrato, o definiciones alternativas del mismo mediante el uso de variantes, que consideren más respetuoso con el medio ambiente, siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros; los poderes adjudicadores gozaran de libertad para establecer en determinadores aspectos exigencias de protección ambiental mayores que las preceptuadas en la legislación o las normas, siempre que el nivel exigido no limite la participación en el contrato y origine alguna discriminación en detrimento de licitadores potenciales.

¹⁵⁴¹ Todas ellas mencionadas expresamente en el artículo 53.1.a de la Directiva 2004/18/ Ce.

¹⁵⁴² Así lo permitió expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1988, Gebroeders Beentjes, asunto 31/87. Sobre la inclusión de previsiones sociales se puede aludir a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, (2001/ C 333/08), se destacan como principales conclusiones las siguientes: “Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio del contrato; Una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o “condiciones de ejecución del contrato” y, en particular, que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros.”.

¹⁵⁴³ Sobre la experiencia, como criterio de adjudicación de un contrato, cabe citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Región de Murcia 8/99, de 29 de noviembre en el que señala que: “Que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la experiencia es requisito que puede justificar solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la Ley.”; ese criterio es el mantenido con carácter habitual por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia (Sala Segunda) de 6 de julio de 2005, en el Asunto T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium SA contra Comisión de las Comunidades Europeas, dice el Tribunal que: “En el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato publicado mediante anuncio de licitación, la calidad de las ofertas ha de evaluarse en función de las propias ofertas y no a partir de la experiencia adquirida por los licitadores con la entidad adjudicadora a raíz de contratos precedentes, o en función de criterios de selección- como la capacidad técnica de los candidatos- que han sido comprobados en la fase de selección de las candidaturas y que no pueden ser tenidos en cuenta de nuevo a efectos de la comparación de las ofertas.”; abundando en el estudio que estamos haciendo a pie de página de la experiencia, hay que hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de marzo de 2005, Asuntos acumulados C-21/03 y C 34/03 Fabricom SA contra État belge que dice que: “Las Directivas 92/50, 93/36, 93/37, en sus versiones modificadas por la Directiva 97/52, y la Directiva 93/38, en su versión modificada por la Directiva 98/4, sobre respectivamente, coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro, de obras y en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las

la capacidad técnica del contratista¹⁵⁴⁴. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el año 2002, admitió expresamente la posibilidad de establecer criterios ecológicos de adjudicación de contratos sometiendo dicha posibilidad a cuatro límites¹⁵⁴⁵:

Primero: Los criterios tienen que estar relacionados con el objeto del contrato.

Segundo: No deben atribuir a la entidad adjudicataria una libertad incondicional de elección.

Tercero: Se deben mencionar expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación¹⁵⁴⁶.

telecomunicaciones, y más concretamente, la disposición de cada una de estas Directivas según la cual las entidades adjudicadoras velarán por que se garantice la igualdad de trato entre los licitadores, se oponen a una norma nacional conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministros o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia....Teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado tales trabajos preparatorios podría hallarse en una situación favorable, es cierto que no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que cualquier otro licitador. Sin embargo, una norma que no concede a dicha persona ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, esta situación no puede falsear la competencia va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores.”; deja claro que la experiencia debe considerarse como un criterio de solvencia y no de adjudicación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 2008, en el Asunto C-532/06, Emm.G. Lianakis AE y otros contra Dimos Alexandroupolis y otros, que dice que: “Los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52, se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como “criterios de adjudicación” y no como “criterios de selección cualitativa”.”.

¹⁵⁴⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2001, asunto SIAC, C-19/00, dice que: “....la experiencia y la capacidad técnica de la empresa, así como la calidad de los posibles subcontratistas propuestos, son factores que pueden afectar al valor de una oferta y, a diferencia de lo que sostiene la demandante, su inclusión entre los criterios del pliego de cláusulas administrativas particulares resulta adecuada.”.

¹⁵⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2002, Concordia Bus Finland, asunto C- 513/99.

¹⁵⁴⁶ Esta referencia constituye una manifestación del ya comentado principio de transparencia, que inspira la contratación administrativa. Hay que advertir que el legislador español ha decidido ir más allá en el cumplimiento de esta condición, y de esta manera el artículo 134.2.1º de la LCSP exige que los criterios de adjudicación consten en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en documento descriptivo.

Cuarto: Que en el establecimiento se respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

La Directiva 2004/18/ CE ha recibido la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de contratos¹⁵⁴⁷, así en el considerando 1, recoge la doctrina anteriormente citada para el establecimiento de criterios medioambientales y sociales. No obstante esa limitación¹⁵⁴⁸, yo considero que esa doctrina debe guiar, por analogía, el establecimiento de todo tipo de criterios cualitativos de adjudicación¹⁵⁴⁹.

Finalmente, hay que apuntar que las dos clasificaciones manejadas no deben considerarse como compartimentos estancos, sino que pueden interrelacionarse entre ellas¹⁵⁵⁰, de esta forma se puede decir, a modo de ejemplo, que un criterio cualitativo puede ser objeto de una valoración por medio de fórmulas de aplicación automática¹⁵⁵¹.

Cuando procede la valoración de más de un criterio: Ya se ha dicho que la desaparición de la subasta y del concurso, ha sido más aparente que real¹⁵⁵². La legislación anterior optó por no dejar a la libre apreciación de los órganos de contratación cuando podían hacer uso del concurso, estableciendo una serie de supuestos en los que era obligatorio acudir al mismo¹⁵⁵³. Esta solución ha pasado a la LCSP, en la que el legislador hace una

¹⁵⁴⁷ Así lo dice expresamente el considerando 1 de la Directiva 2004/18/ CE, cuyo tenor literal es el siguiente: “...La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación...”.

¹⁵⁴⁸ Decimos que hay limitación porque el considerando 1 alude únicamente a criterios medioambientales y sociales.

¹⁵⁴⁹ La doctrina sería, por lo tanto, susceptible de una aplicación analógica.

¹⁵⁵⁰ Se podría hablar de una intercambiabilidad de las clasificaciones.

¹⁵⁵¹ No parece que la valoración de elementos cuantitativos pueda hacerse mediante un juicio de valor.

¹⁵⁵² J.M. GIMENO FELIÚ, *La adjudicación de los contratos*:op. cit. “En definitiva, que subsisten de hecho las dos formas de clásicas de adjudicación de contratos”.

¹⁵⁵³ El artículo 85 del TRLCAP, que llevaba por rúbrica, supuestos de aplicación del concurso decía que: “Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo previo más bajo, y en particular, en los siguientes casos: a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores. b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.

enumeración de supuestos en los que es necesario tomar en consideración más de un criterio de valoración, así lo dice el artículo 150.3 del TRLCSP, que se reproduce por su indudable interés:

“La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- c) Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e) Contratos de gestión de servicios públicos.
- f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estas normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega no introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales medibles, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.¹⁵⁵⁴”.

c) Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas. d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.”.

¹⁵⁵⁴ Esta letra es una manifestación más de la importancia que el medio ambiente tiene para el legislador español, además de ser reflejo de la nueva conceptualización de la contratación pública, con una dimensión transversal, que la permite ser vehículo para el desarrollo de políticas diversas de los poderes adjudicadores. No solo se busca la oferta económicamente más ventajosa, sino incidir mediante el contrato en el medio ambiente, en definitiva en el bienestar de los ciudadanos.

Interesa especialmente la letra g) del precepto reproducido, ya que la misma establece una importante innovación con respecto al contrato de servicios al fijar, como regla general, que en este tipo contractual los criterios de valoración deben ser más de uno.

Forma de ponderar los criterios cuando hay más de uno: La Ley¹⁵⁵⁵ entiende que en aquéllos casos en los que la adjudicación del contrato se basa en más de un criterio se debe establecer una ponderación entre los mismos, esto implica que cada uno de los criterios establecidos tendrá un peso específico a la hora de valorar las ofertas. Se puede esquematizar la ponderación de criterios de la siguiente manera:

- a) Debe expresarse la ponderación relativa de cada uno de los criterios de valoración.
- b) La Ley sugiere que la ponderación se exprese fijando una banda de valores¹⁵⁵⁶ con una amplitud adecuada¹⁵⁵⁷.
- c) En los procedimientos que adolecen de cierta complejidad, por desarrollarse en varias fases, que también que se podrían llamar compuestos, el legislador ha señalado que en este caso se puede indicar en cuál de las fases se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.
- d) Finalmente cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia. Este supuesto es excepcional y en todo caso exigirá la oportuna justificación en el expediente.

Consecuencias del incumplimiento: El artículo 150.6 del TRLCSP establece una doble posibilidad con respecto a las características de la prestación que se ha tomado en consideración para definir los criterios de adjudicación, que sería imponer penalidades¹⁵⁵⁸, o considerarla como una obligación contractual esencial, con las consecuencias que de ello se derivan y que serán analizadas en otra parte del presente trabajo.

¹⁵⁵⁵ Artículo 150.4 del TRLCSP.

¹⁵⁵⁶ La banda de valores supone que se puede establecer un valor máximo y otro mínimo y entre ellos diferentes intervalos, pudiendo puntuarse la oferta en cualquier intervalo comprendido entre el máximo y el mínimo.

¹⁵⁵⁷ Es preciso hacer hincapié en que la Ley sugiere, debido a que el legislador hace uso del término “podrá”.

¹⁵⁵⁸ Para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

El principio de transparencia como principal principio informador del establecimiento de criterios de valoración de las ofertas: Como cualquiera que haya leído este trabajo habrá podido advertir uno de los aspectos de la contratación pública que ha suscitado un mayor interés es el de los principios que la informan, dentro de los cuales se encontraba el principio de transparencia¹⁵⁵⁹. Parece indudable que este principio tiene un gran protagonismo en el establecimiento de criterios de valoración de las ofertas¹⁵⁶⁰, y en la forma de ponderación de las mismas¹⁵⁶¹. El legislador ha querido proporcionar la máxima información acerca de los criterios de valoración a todos los interesados, permitiendo de esta manera un mejor control en la aplicación de los citados criterios.

4. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato:

En primer lugar lo que hace el órgano de contratación es clasificar las proposiciones presentadas conforme a los criterios de valoración¹⁵⁶², para posteriormente hacer una adjudicación. Debe resaltarse que inicialmente la Ley diferenciaba entre adjudicación provisional y otra definitiva¹⁵⁶³, desapareciendo esta novedad en 2010, tal y cómo se verá.

¹⁵⁵⁹ Sobre el principio de transparencia, hay que señalar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 12 de marzo de 2008 en el Asunto T-345/03, dice que: “El principio de transparencia, corolario del principio de igualdad de trato, implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un contrato público....”.

¹⁵⁶⁰ Artículo 150.2.1º del TRLCSP.

¹⁵⁶¹ Artículo 150.5 del TRLCSP, dice que: “Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.”.

¹⁵⁶² En relación con la valoración de las ofertas, es importante reiterar que las mismas tienen un valor ponderado, eso significa que no tienen un valor en si mismas sino que lo tienen en relación con las demás. En ese sentido, me gustaría recordar la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 071/2011, de 21 de marzo de 2012, Recurso 048/2012, que dice que: “Para seleccionar entre varias ofertas es imprescindible valorar ponderadamente el contenido de cada una, que no tiene un valor en si misma sino en relación al contenido del resto de ofertas.”. Así S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*. op. cit. Pág. 261, dice que: “Presentadas las ofertas, y atendiendo a los criterios de valoración que acaban de exponerse, acto seguido, procede, primero, la clasificación de las ofertas por el órgano de contratación.”.

¹⁵⁶³ La Memoria del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, elaborada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 2 de noviembre de 2005, dice que: “Se establece una distinción entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, separadas por un lapso de quince días hábiles. Este plazo ha de servir para la cumplimentación por el adjudicatario de los requisitos necesarios para contratar (acreditaciones documentales y prestación de garantía definitiva, en su caso), permitiendo además, de acuerdo con lo que es

Así lo primero que hace el órgano de contratación es una clasificación por orden decreciente de las proposiciones presentadas¹⁵⁶⁴, para lo cual puede solicitar los informes técnicos que estime pertinentes, debiendo adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la proposición económicamente más ventajosa, si bien esto no procede cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados. Otra limitación que se le impone al órgano de contratación es la imposibilidad de declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego.

El acto de adjudicación constituye un acto declarativo de derechos¹⁵⁶⁵ que debe ser motivado, y que en aplicación de los principios de publicidad y de transparencia debe ser notificado a los candidatos o licitadores y publicado¹⁵⁶⁶.

La regulación de las ofertas anormales o desproporcionadas¹⁵⁶⁷ se encuentra en el artículo 152 del TRLCSP, cuyo análisis se despieza en cinco apartados:

previsible sea la evolución de la normativa comunitaria, la interposición del recurso especial en materia de contratación antes de la perfección del contrato.”

¹⁵⁶⁴ Esta clasificación se debe realizar aplicando los criterios de valoración de las proposiciones, que son los que vienen establecidos en el pliego. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 11/10/2012, RC 3253/2009, de la Sala 3ª, Sección 7ª, dispone que: “La selección de la proposición más ventajosa, constituye una potestad discrecional sujeta a criterios objetivos establecidos en el pliego.”.

¹⁵⁶⁵ La Memoria del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, elaborada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 2 de noviembre de 2005, dice que: “A pesar del carácter de acto declarativo de derechos de la adjudicación provisional – que, por tanto, solo podrá ser modificada o retirada a través de la revisión de oficio por razón de ilegalidad o en ejercicio de las potestades revisoras de las Administraciones actualizadas por la interposición de un recurso especial en materia de contratación-, el contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva.”.

¹⁵⁶⁶ Así lo exige el artículo 152.3 de la TRLCSP, con respecto a la publicidad se debe hacer en el diario oficial que corresponda o en el perfil de contratante. Esta notificación, así como la motivación, resultan esenciales para la mejor defensa de los derechos de los licitadores, que pueden conocer las razones de la adjudicación e impugnarla, si es que no están bien fundamentadas en derecho.

¹⁵⁶⁷ La Memoria del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, elaborada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 2 de noviembre de 2005, dice que: “La oferta anormal – en un contexto de múltiples criterios a considerar- no tiene porque ser exclusivamente una baja en el precio, sino que puede referirse a otros valores y ser desproporcionada por excesivamente alta (por ejemplo aumento anormal del plazo de garantía).”.

- 1) Cuando el único criterio valorable sea el precio, la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta se realizará en los términos que se establezcan reglamentariamente, así lo dice el artículo 152.1 del TRLCSP.
- 2) Cuando exista más de un criterio de valoración, el artículo 152.2 del TRLCSP, establece que la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta se apreciará conforme a los parámetros objetivos establecidos en el pliego.
- 3) Cuando se identifique una proposición anormal o desproporcionada deberá darse audiencia al licitador que la ha presentado¹⁵⁶⁸, debiendo solicitarse asesoramiento técnico¹⁵⁶⁹, así lo establece el artículo 152.3.1º y 2º TRLCSP¹⁵⁷⁰.
- 4) Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda¹⁵⁷¹ del Estado¹⁵⁷², el rechazo sólo es posible si el licitador no acredita que la ayuda no contraviene las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas¹⁵⁷³, así lo establece el artículo 152.3.3º TRLCSP.

¹⁵⁶⁸ La Memoria del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, elaborada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 2 de noviembre de 2005, dice que: “Se enfatiza la necesidad de oír al licitador antes de declarar el carácter anormal de su oferta.”.

¹⁵⁶⁹ El artículo 152.3.2º del TRLCSP configura la solicitud de asesoramiento técnico, del servicio que corresponda como una obligación que tiene el órgano de contratación. Por lo tanto siempre debe solicitar el mencionado asesoramiento.

¹⁵⁷⁰ En relación con el artículo 152.3 del TRLCSP, el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha señalado en su Resolución 072/2012, de 2 de marzo de 2012, Recurso 41/2012, que: “De lo anterior, tal y como ha señalado el Tribunal en diversas resoluciones, deben extraerse dos conclusiones. En primer lugar, que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deban servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada debe hacerce constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.”.

¹⁵⁷¹ El legislador hace uso del término ayuda lo que implica que no solo se incluyen en el mismo las subvenciones, sino otro tipo de ventajas que se pudiera dar al contratista. Es importante advertir, que al aludir al término ayuda, las ventajas otorgadas por el Estado deben ser a título individual no con carácter general.

¹⁵⁷² La referencia que el legislador hace al Estado, consideramos que debe ser objeto de una visión amplia, que permita incluir dentro del mismo a la Administración General del Estados, las Comunidades Autónomas, los municipios, o las Cortes Generales, por poner un ejemplo. Ya que todos estos órganos tienen la posibilidad de conceder ayudas que atenten contra el derecho comunitario.

¹⁵⁷³ Sin ánimo de abundar en la cuestión citaremos los artículos 87 y 88 del TCE, que se preocupan de establecer límites y controles a las ayudas públicas. En particular citamos el artículo 87.1 del TCE que dice que: “Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por

-
- 5) Si el órgano de contratación considera justificadamente que la oferta no puede ser cumplida, como consecuencia de su inclusión en valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación en la siguiente proposición económicamente más ventajosa. Esta solución se contiene en el artículo 152.4 de la Ley.

Obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento: Estas obligaciones son objeto de un tratamiento sistemático tras la regulación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados¹⁵⁷⁴. Se trata de manifestaciones de los principios de publicidad y de transparencia, debido precisamente a estas circunstancias se opta por analizarlas en otro lugar del trabajo.

Formalización del contrato: A la formalización del contrato dedica la Ley su artículo 156, cuyo análisis se sistematiza de la siguiente manera:

- a) Forma y plazo de formalización del contrato: El artículo 156.1 del TRLCSP establece que el contrato se formalizará en documento administrativo, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a público, corriendo de su cuenta los gastos correspondientes.
- b) Reglas especiales para los contratos menores: Los contratos menores se caracterizan por la simplicidad en su tramitación, esta simplicidad tiene una manifestación en los requisitos de formalización del contrato, reduciendo las cargas formales, debiendo estarse en cuanto a la formalización, según el artículo 156.2 del TRLCSP a lo dispuesto en el artículo 111 del TRLCSP¹⁵⁷⁵, siendo necesario para su formalización la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenace falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”.

¹⁵⁷⁴ Subsección 5ª, de la sección 1ª, del Título I, del Libro III de la TRLCSP.

¹⁵⁷⁵ El artículo 111.1 de la TRLCSP dice que: “En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.”.

- c) Consecuencias de la no formalización en plazo: Cuando la no formalización lo sea por causas imputables al contratista la Administración podrá¹⁵⁷⁶ acordar la resolución del contrato, con el dictamen del Consejo de Estado u el órgano consultivo autonómico correspondiente, cuando lo haga con oposición del contratista. Si la no formalización es imputable a la Administración, en este caso, deberá indemnizar al contratista.
- d) Consecuencias de la no formalización del contrato: La consecuencia de la no formalización del contrato es que no se puede iniciar la ejecución del mismo, salvo en los supuestos de tramitación de emergencia de los expedientes¹⁵⁷⁷.

5. *Análisis de los procedimientos de adjudicación*¹⁵⁷⁸:

Me he ocupado de delimitar que debe entenderse por oferta económica más ventajosa, y qué criterios hay que tomar en consideración para valorarla, así como de la forma en la que se aplican esos criterios para llegar hasta la adjudicación definitiva del contrato. Ahora se pasa al análisis de los procedimientos formales a través de los cuales se llega a la adjudicación definitiva del contrato y a encontrar, por lo tanto, la oferta económicamente más ventajosa. Se advierte la existencia de seis procedimientos de adjudicación distintos en la Ley¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ Es importante hacer notar que el legislador utiliza el término “podrá”, lo que supone que deja en manos de la Administración el acordar o no la resolución del contrato por el motivo apuntado.

¹⁵⁷⁷ Al igual que en el caso de los contratos menores el legislador ha decidido relajar las cargas formales de la Administración, en el caso de las tramitaciones de urgencia y de emergencia, el legislador ha considerado que la atención de situaciones de este estilo no podría verse entorpecida por cargas formales, permitiendo que el contrato se comience a ejecutar sin formalizarse.

¹⁵⁷⁸ Con el objeto de conocer los sistemas de adjudicación de Navarra puede consultarse el trabajo de J. N. VIGURIA ALEGRÍA, Los sistemas de mejora de la contratación. Las normas de publicidad. La adjudicación, perfección y formalización de los contratos, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 317 y sig.

¹⁵⁷⁹ Los procedimientos de adjudicación que hemos encontrado son el procedimiento abierto, el procedimiento restringido, el procedimiento negociado, el diálogo competitivo, el concurso de proyectos y la adjudicación de los contratos menores. En el caso de los contratos menores, no se advierte un procedimiento de adjudicación, ya que se trata de una adjudicación directa, pero por razones sistemáticas hemos optado por incluirlos dentro de este apartado.

1) Procedimiento abierto:

1.a) Concepto legal de procedimiento abierto: La definición legal del procedimiento abierto aparece en el artículo 157 de la Ley que dice que:

“En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida la negociación de los términos del contrato con los licitadores¹⁵⁸⁰.”.

1.b) Aspectos sustantivos del procedimiento abierto:

1.b.1) información esencial y documentación complementaria: La regulación de la información que se debe proporcionar para poder participar en el procedimiento abierto aparece en el artículo 158 de la Ley. Esa regulación permite diferenciar entre dos tipos de informaciones que deben proporcionarse, una que puede calificarse de esencial¹⁵⁸¹, que está formada por los pliegos; y otra, que calificada de complementaria, que es la que está formada por el resto de documentación que no son los pliegos. En ese sentido el artículo 158.1 de la Ley dice que:

“Cuando no se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier otra documentación complementaria, éstos enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos¹⁵⁸².”.

2.1.b.2) Información adicional acerca de los pliegos y la documentación complementaria: Cabe hablar, en este punto, de un tercer tipo de información que es la adicional a los pliegos

¹⁵⁸⁰ El último inciso de este precepto constituye una novedad, ya que en la regulación anterior no se aludía a la exclusión de la posibilidad de negociación (ver artículo 73.2 del TRLCAP), no obstante esta ausencia de referencia, no se permitía la negociación.

¹⁵⁸¹ La calificamos de esencial porque el conocimiento de lo establecido en los pliegos, resulta imprescindible para que el contratista que resulte interesado pueda formular su oferta.

¹⁵⁸² En la fijación de las circunstancias en los pliegos aparece nuevamente el juego de los principios generales del derecho de la contratación pública, que sirven como límite a la fijación de circunstancias por parte del órgano de contratación. En particular, nos parece que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad de trato.

y a la información complementaria, a la misma hace referencia el artículo 158.2 de la Ley. Que dice que:

“ La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.”.

2.1.b.3) *Supuesto excepcional*: Finalmente la Ley establece un supuesto excepcional en el artículo 158.3¹⁵⁸³, para aquellos casos en los que por circunstancias diversas no se puede acceder a la información acerca del contrato en plazo, en estos casos el legislador ha previsto la posibilidad de prorrogar el plazo de recepción de las ofertas.

A mi juicio, este supuesto excepcional plantea una duda, en concreto ¿Cuál es el plazo máximo por el que se puede prorrogar la presentación de ofertas? La duda la despeja el uso de un razonamiento lógico jurídico. En primer lugar, no debemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento administrativo, cual es el procedimiento de contratación; en segundo lugar, cabe señalar que con respecto a todos los procedimientos administrativos especiales, la LRJ-PAC juega como derecho supletorio¹⁵⁸⁴, por ese motivo si queremos saber el plazo máximo por el que se puede prorrogar el plazo de presentación de ofertas hay que acudir al artículo 49 de la LRJ-PAC, no pudiendo exceder la prórroga de la mitad de los plazos establecidos para la presentación de las ofertas¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸³ El artículo 158.3 de la Ley, dice que: “ Cuando, los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se hayan proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta “in situ” de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular las ofertas.”.

¹⁵⁸⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Administrativo, II, op. cit. pág. 456, dicen que: “Por lo demás, la nueva LPC, aunque no afirme expresamente, como lo hizo la LPA, el carácter supletorio de sus normas con respecto a las reguladoras de los distintos procedimientos especiales, responde a idéntico planteamiento y aún lo agudiza.....Su Título VI,..., no regula, propiamente hablando, un procedimiento administrativo concreto, sino que se limita a establecer disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.”.

¹⁵⁸⁵ Artículo 49.1 de la LRJ-PAC, dice que: “ La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad

Si con el razonamiento anterior ya hayamos el límite máximo de la prórroga, el mínimo le corresponde fijarlo al órgano administrativo correspondiente, debiendo presidir la decisión la necesidad de que todos los interesados tengan conocimiento de las ofertas, como dice el artículo 158.3 in fine de la Ley.

Otra interrogante que plantea el supuesto excepcional que se analiza es la relativa a la expresión que utiliza el artículo 158.3 de la Ley cuando dice que: “ *los plazos para la recepción de las ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan....*”, según este inciso la prórroga afectaría exclusivamente a los interesados afectados, pero ¿qué debemos entender por interesados afectados, los que solicitan información y no la reciben en plazo?, como parece deducirse de la lectura del artículo 158.3 del TRLCSP, o todos los interesados en participar en el procedimiento de contratación de que se trate. Yo me inclino por realizar una interpretación amplia del concepto de interesado, considerando que la prórroga debe concederse a todos los interesados en participar en el procedimiento de contratación por tres razones, la primera, consiste en que nos encontramos ante un procedimiento de concurrencia competitiva y que la concesión de la prórroga a unos licitadores, en vez de a todos, supondría conceder una ventaja competitiva¹⁵⁸⁶ a los que se les concede la prórroga¹⁵⁸⁷; la segunda razón, relacionada con la anterior es de índole legal ya que el artículo 49.1 de la LRJ-PAC impide que se conceda una ampliación de los plazos cuando se perjudiquen los derechos de tercero¹⁵⁸⁸; y finalmente, creo que la ampliación concedida a unos y no a otros iría en contra

de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación debe ser notificado a los interesados.”.

¹⁵⁸⁶ Es propio de este tipo de procedimientos, el hecho de que los aspirantes compiten entre sí en búsqueda de una ventaja, de un ofrecimiento que les hace la Administración. Tienen esta naturaleza los procedimientos de concesión de subvenciones cuando se tramitan en régimen de concurrencia competitiva, los procesos selectivos de funcionarios que se realizan en la Administración.

¹⁵⁸⁷ En este caso la ventaja competitiva consistiría dar un plazo mayor para la presentación de ofertas a unos candidatos en detrimento de los otros; circunstancia que permitiría a los candidatos a los que se les ha concedido la prórroga tener más tiempo que el resto para presentar sus ofertas.

¹⁵⁸⁸ El artículo 49.1 de la LRJ-PAC dice que: “La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconseja y con ello no se perjudican los derechos de tercero....”.

de los principios de igualdad de trato y no discriminación que inspiran la contratación pública¹⁵⁸⁹.

1.c. Plazos para la presentación de las proposiciones:

1.c.1. Contratos sujetos a regulación armonizada: A los plazos de presentación de las proposiciones en los contratos sujetos a regulación armonizada dedica la Ley el artículo 143.1, dentro de la regulación contenida en ese precepto cabe distinguir entre un plazo general de envío, la reducción de los plazos, la reducción acumulada por el uso de las nuevas tecnologías y la publicidad complementaria a nivel nacional.

Plazo general: Es el que tiene previsto el artículo 159.1 de la Ley, que no será inferior a cincuenta y dos días, pudiendo reducirse en cinco días en el caso de uso de técnicas telemáticas, así el artículo 159.1 de la Ley dice que:

“En procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha de envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea. Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria¹⁵⁹⁰.”.

Supuesto de reducción: En el artículo 159.1.2º se regula un supuesto especial de reducción del plazo de presentación de proposiciones, este precepto dice que:

“Si se hubiese enviado el anuncio previo a que se refiere el artículo 141, el plazo de presentación de proposiciones podrá reducirse hasta treinta y seis días, como norma general, o, en casos excepcionales debidamente justificados, hasta veintidós días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de cincuenta y dos días y dentro de los doce meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.”.

Reducción acumulada por el uso de las nuevas tecnologías: Cabe señalar que el legislador nacional ha adoptado una estrategia de cambio en la cultura administrativa, apareciendo

¹⁵⁸⁹ Ambos principios son proclamados expresamente en el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004.

¹⁵⁹⁰ Mediante este premio en los plazos reduciéndolos, el legislador trata de fomentar el uso de medios telemáticos en la contratación pública. Es bueno que se vayan introduciendo medidas que fomenten el uso de las nuevas tecnologías de las comunicación, que permitan a los órganos de contratación el uso de estos sistemas que ahorran costes y simplifican gestiones administrativas.

como una de las líneas estratégicas más marcadas la del uso de las nuevas tecnologías en el seno de la Administración. Es en ese sentido de cambio¹⁵⁹¹ en el que se debe comprender el precepto que se va a transcribir, que busca premiar a los órganos de contratación que hagan uso de las nuevas tecnologías en la tramitación de los contratos. El artículo 159.1.3º de la Ley dice que:

“Los plazos señalados en los dos párrafos anteriores podrán reducirse en siete días cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Esta reducción podrá adicionarse, a la de cinco días prevista en el inciso final del primer párrafo.”.

*Publicidad en el Boletín Oficial del Estado*¹⁵⁹²: Este tipo de publicidad aparece recogida en el artículo 159.1.4º de la Ley¹⁵⁹³, que impone la obligación de publicar los contratos sujetos a regulación armonizada en el Boletín Oficial del Estado.

1.c.2. Contratos no sujetos a regulación armonizada: En este tipo de contratos las formalidades se reducen sensiblemente, siendo el plazo de presentación de proposiciones no inferior a quince días, contados desde la publicación del anuncio del contrato (artículo 159.2 del TRLCSP).

1.d. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación: Se examinan en este apartado, dos fases del procedimiento que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, como muestra de la vinculación que existe entre las mismas el legislador ha optado por regularlas de una manera conjunta en el artículo 160 de la Ley.

1.d.1. Examen de las proposiciones: Este procedimiento de examen, se subdivide a su vez en dos fases, una primera fase de examen de la documentación del artículo 130; y otra segunda, de apertura y examen de las proposiciones.

¹⁵⁹¹ Como muestra de esta estrategia normativa podemos citar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

¹⁵⁹² Esta publicidad en el Boletín Oficial del Estado, la podríamos calificar como publicidad complementaria a nivel nacional, ya que tiene por objeto complementar la publicidad que se hace a nivel comunitario, con una que se hace a nivel nacional, que facilita el conociendo a los operadores económicos del país.

¹⁵⁹³ El artículo 159.1.4º de la Ley, dice que: “ En estos procedimientos, la publicación de la licitación en el “ Boletín Oficial del Estado” debe hacerse, en todo caso, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las proposiciones en el apartado siguiente.”.

De esta manera, el órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse en sobre distinto al que contenga la proposición, así lo dice el artículo 160.1 de la Ley.

En la siguiente fase el órgano de valoración, procede a la apertura y examen de las proposiciones¹⁵⁹⁴, de esta fase podemos destacar lo siguiente:

- En cuanto a la apertura de las proposiciones, cabe señalar que la misma deberá hacerse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, la apertura de la oferta económica deberá hacerse en acto público, salvo que la licitación se haga por medios electrónicos.
- Acerca del examen de las proposiciones, resaltar que cuando en el examen de las proposiciones interviene un comité de expertos, su evaluación vincula a efectos de formular la propuesta. Cuando para la valoración de las proposiciones se tomen en cuenta elementos distintos del precio, se pueden pedir los informes técnicos que resulten precisos, también es posible pedir informes técnicos para verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas del pliego¹⁵⁹⁵.

1.d.2. *Propuesta de adjudicación:* Se regula en el artículo 160.2 de la Ley, en base al mismo merece destacar sobre la propuesta de adjudicación que la misma no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración, no obstante si el órgano de contratación se aparta de la misma deberá motivar su decisión¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁴ Dentro de esta fase, como fácilmente se habrá podido comprobar, pueden diferenciarse a su vez, dos subfases, que tienen una cierta autonomía y sustantividad propia, una primera, de apertura de proposiciones; y otra segunda de examen de las mismas.

¹⁵⁹⁵ En definitiva, se trata de que el órgano de valoración, cuente con todos los elementos de juicio necesarios para efectuar una valoración adecuada de las ofertas. Determinados contratos presentan un componente de tecnicidad que aconseja la incorporación del dictamen o asesoramiento de un experto. Sobre esta labor de asesoramiento externo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, así la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, 18/7/2012, RC 5128/2008, recalca el Alto Tribunal que no cabe sustituir la valoración de la mesa por un asesoramiento externo.

¹⁵⁹⁶ La motivación conforme al artículo 54 de la LRJ-PAC, deberá ser con sucinta referencia de hechos y de fundamentos de derecho. Es esencial por los motivos ya expuestos, la misma sirve a los licitadores para desentrañar la decisión administrativa y defenderse frente a posibles irregularidades. Por otro lado, una buena motivación puede contribuir a mejorar la competitividad entre las empresas, ya que los licitadores pueden conocer el valor de la otras ofertas y tomar nota para futuros procedimientos.

1.e. Adjudicación: La adjudicación constituye el último estadio del procedimiento abierto, a esta etapa dedica la Ley su artículo 161, se puede destacar:

- Cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el día siguiente al de la apertura de las proposiciones (artículo 161.1 del TRLCSP).
- Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios el plazo máximo para realizar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 161.2 del TRLCSP).
- Para el caso de que deba seguirse el procedimiento del artículo 152.3 del TRLCSP, para ofertas anormales o desproporcionadas, el legislador ha previsto, una ampliación de los plazos indicados anteriormente en quince días hábiles (artículo 161.3 del TRLCSP).
- La Ley permite a los licitadores retirar su proposición, para el caso de que no se produzca la adjudicación dentro de los plazos señalados anteriormente (artículo 161.4 TRLCSP).

2.2) Procedimiento restringido:

2.2.a) Concepto legal: Al igual que en el caso del procedimiento abierto el legislador se ha preocupado por dar una definición legal del procedimiento restringido dedicándole a la misma un artículo específico, que es el artículo 162, que dice que:

“En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.”.

2.2.b) Criterios de selección de los candidatos: Como ha quedado reflejado de la definición legal transcrita anteriormente, el procedimiento restringido se caracteriza por una selección previa de candidatos, por lo que en este punto nos ocuparemos de los criterios en base a los cuales se les selecciona.

2.b.1.) Características de los criterios y momento de establecimiento: Conforme a lo dispuesto en el artículo 163.1 de la Ley, los criterios de en base a los cuales se produce la

selección deben ser los objetivos de solvencia¹⁵⁹⁷, siendo el momento en el que deben fijarse estos criterios antes de la publicación del anuncio de licitación.

2.b.2) *Límites cuantitativos en la formulación de las invitaciones*: Estos límites aparecen recogidos en el artículo 163. 2 de la Ley que otorga al órgano de contratación una doble posibilidad de limitar el número de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco, y de limitar el número de candidatos a los que invitará a presentar oferta. En todo caso en la fijación de los citados límites el número de candidatos invitados deberá ser suficiente para garantizar la competencia efectiva.

2.b.3) *Aspectos formales de la selección*: El reflejo formal de todo lo que hemos estado analizando dedica la Ley el artículo 163.3, que dice que:

“Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán en el anuncio de licitación.”.

2.c) *Solicitudes de participación*:

2.c.1) *Contratos sujetos a regulación armonizada*: Lo relativo a las solicitudes de participación de esta categoría aparece recogido en el artículo 164.1 de la Ley, que dice que:

“En los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de recepción de las solicitudes de participación no será inferior a treinta y siete días, a partir de las fecha de envío del anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea”.....Este plazo podrá reducirse en siete días cuando los anuncios se envíen por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

En estos casos, la publicación de la licitación en el “Boletín Oficial del Estado” debe hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación en el apartado siguiente.”.

¹⁵⁹⁷ El considerando 40 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Un poder adjudicador podrá limitar el número de candidatos en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación; también podrá hacerlo en el dialogo competitivo. Esta reducción del número de candidatos debe efectuarse en función de criterios objetivos indicados en el anuncio de licitación”.

2.c.2) *Contratos no sujetos a regulación armonizada*: A este tipo dedica la Ley el artículo 164.2, que dice que:

“Si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo de diez días, contados desde la publicación del anuncio.”.

2.c.3) *Documentación que debe acompañar a las solicitudes*: El artículo 164.3 de la Ley establece que las solicitudes deben ir acompañadas de la documentación que establece el artículo 146.1 de la Ley.

2.d) *Selección de solicitudes*:

2.d.1) *Efectos de las selección*: Una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, el órgano de contratación seleccionará a los que pasan a la siguiente fase, formulándoles una invitación por escrito (artículo 165.1 TRLCSP).

2.d.2) *Número mínimo de invitaciones a cursar*: A este número alude el artículo 165.2 de la Ley, que dice que:

“El número de candidatos invitados a presentar proposiciones deberá ser igual, al menos, al mínimo que, en su caso, se hubiese fijado previamente. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.”.

2.e) *Contenido de las invitaciones*: Al contenido de las invitaciones alude el artículo 166 de la Ley, que dice que:

“ 1. Las invitaciones contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas, la dirección a la que deban enviarse y la lengua en que deban estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano, los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación, y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

2. La invitación a los candidatos incluirá un ejemplar de los pliegos y copia de la documentación complementaria, o contendrá las indicaciones pertinentes para permitir el acceso a estos documentos, cuando los mismos se hayan puesto directamente a su disposición por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo siguiente.

3. Cuando los pliegos o la documentación complementaria, obran en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, la invitación precisará la forma en que puede solicitarse dicha documentación y, en su caso, la fecha límite para ello, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse. Los servicios competentes remitirán dicha documentación sin demora a los interesados tras la recepción de su solicitud.
4. Los órganos de contratación o los servicios competentes deberán facilitar, antes de los seis días anteriores a la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, la información suplementaria sobre los pliegos o sobre la documentación complementaria que se les solicite con la debida antelación por los candidatos.
5. Será igualmente de aplicación en este procedimiento lo previsto en el artículo 158.3.”.

2.f) *Proposiciones:*

2.f.1) *Contratos sujetos a regulación armonizada:* A estos se dedica el artículo 167.1 de la Ley, que dice que:

“El plazo de recepción de ofertas en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada no podrá ser inferior a cuarenta días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos, informáticos y telemáticos a los pliegos y a la documentación complementaria.

Si se hubiese enviado el anuncio previo a que se refiere el artículo 141, el plazo podrá reducirse, como norma general, hasta treinta y seis días o, en casos excepcionales debidamente justificados hasta veintidós días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de los cincuenta y dos días y después de los doce meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.”.

2.f.2) *Contratos no sujetos a regulación armonizada:* A estos dedica la Ley el artículo 167.2, diciendo que:

“En los procedimientos relativos a contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde la fecha de envío de la invitación.”.

2.g) *Adjudicación:* La adjudicación se regula en el artículo 168 de la Ley, que dice que:

“En la adjudicación del contrato será de aplicación lo previsto en los artículos 160 y 161, salvo lo que se refiere a la necesidad de calificar previamente la documentación a que se refiere el artículo 146.”.

3. Procedimiento negociado:

2.3.a) *Concepto legal:* La delimitación legal del procedimiento negociado la encontramos en el artículo 169.1 del TRLCSP, que dice que:

“En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el que el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar¹⁵⁹⁸ las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.”.

Dentro de esta modalidad se puede diferenciar dos subespecies del procediendo negociado:

- El procedimiento negociado con publicidad previa: Al que se puede acudir en los casos previstos en el artículo 177 de la Ley, en los que será posible la presentación de la oferta en concurrencia por cualquier empresario (artículo 169.2 TRLCSP).
- El procedimiento negociado sin publicidad previa: Al que alude el artículo 169.2, in fine, en estos casos es necesario que se suscite una concurrencia mínima a la que alude el artículo 178.1 del TRLCSP.

2.3.b) *Supuestos:* Como habrá podido advertirse se trata de un procedimiento en el que la concurrencia se ve en cierto modo comprometida, principalmente cuando la adjudicación se hace por el procedimiento negociado sin publicidad. Por ese motivo las causas por las cuales se puede acudir al procedimiento negociado son tasadas y en la medida que restringen la concurrencia, las mismas, deben ser objeto de una interpretación estricta¹⁵⁹⁹,

¹⁵⁹⁸ Los principios que deben inspirar la negociación son los que recoge el artículo 30.3 de la Directiva 2004/18/CE, cuando dice que: “Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban un igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminada, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.”.

¹⁵⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, asunto C- 385/02, que dice que: “ Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de las Directiva, que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de a prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas.”.

siendo aconsejable¹⁶⁰⁰, en la medida de lo posible, que los órganos de contratación eviten la utilización de este procedimiento¹⁶⁰¹, por tratarse de un procedimiento extraordinario¹⁶⁰².

Dentro de los supuestos en los que es posible acudir al procedimiento negociado se tiene que diferenciar entre unos supuestos generales y otros específicos para el contrato de servicios.

2.3.b.1) *Supuestos generales*: Vienen recogidos en el artículo 170 de la Ley, que dice que:

“En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medioambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.
- b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.
- c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.
- d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.

¹⁶⁰⁰ Es aconsejable evitar su uso en la medida en que mediante el mismo se restringe la concurrencia, y cuanto mayor sea la concurrencia, mejores serán las ofertas que se le presenten a la Administración. No obstante, la posibilidad de acudir a este procedimiento es una opción que el ordenamiento jurídico ofrece a los órganos de contratación, siendo estos los que deben elegir si acudir o no a este sistema.

¹⁶⁰¹ M. VINYOLÉS I CASTELLS, *La adjudicación de ...*, op. cit., pág. 175, dice acerca del procedimiento negociado que: “...Su gran utilización por los órganos de contratación, a pesar de que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos está considerado como un sistema excepcional, hace que sea considerado en general como una práctica negativa para la concurrencia.”.

¹⁶⁰² En este sentido la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía de Contratación Pública y Competencia, pág. 10, dice que: “EL procedimiento negociado es un procedimiento extraordinario, que sólo puede utilizarse cuando se den las circunstancias que la ley determine taxativamente.”:

e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112.

f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando la ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d.

g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

3.b.2) Supuestos específicos para el contrato de servicios: Los supuestos específicos en los cuales es posible acudir al procedimiento negociado para el contrato de servicios, son los recogidos en el artículo 174 del TRLCSP, que dice que:

“Además de en los casos previstos en el artículo 170, los contratos de servicios podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguiente supuestos:

a) Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por el procedimiento abierto o restringido¹⁶⁰³.

b) Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Los

¹⁶⁰³ En estos casos el ordenamiento jurídico ofrece al órgano de contratación una doble opción, o bien acudir al procedimiento negociado, o bien, al diálogo competitivo, en este sentido C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato*, op. cit. pág. 637, dice, acerca del diálogo competitivo que: “ Esto es, el órgano de contratación sabe lo que necesita pero no sabe definir, sin ayuda de los empresarios privados, las complicadas fórmulas técnicas, jurídicas y financieras con las que satisfacer ambas necesidades.”. Si tenemos en cuenta que el procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación restrictiva, y que el diálogo competitivo está pensado para contratos que adolezcan de indefinición y que sean especialmente complejos; entendemos que el órgano de contratación cuando argumente que ha optado por esa causa de procedimiento negociado, deberá argumentar que el contrato no es especialmente complejo, porque si lo fuera, la adjudicación debería ser por el diálogo competitivo.

demás servicios complementarios que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.

c) Cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de los nuevos servicios se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un periodo de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial.

d) cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.

e) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.”.

3.c) *Tramitación del contrato:* Dentro de este apartado me ocuparé de analizar todos los trámites que es necesario realizar hasta llegar a la adjudicación del contrato.

3.c.1) *Delimitación de la materia objeto de negociación:* La negociación que se produce entre la Administración y el empresario, en el procedimiento negociado, no es una negociación abierta sobre cualquier aspecto que se le pueda ocurrir en cualquier momento al órgano de contratación; sino que es una negociación cerrada a priori, por ese motivo el órgano de contratación deberá delimitar los aspectos objeto de negociación¹⁶⁰⁴ en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Así lo dice el artículo 176 de la Ley.

2.3.c.2) *Anuncio de licitación y presentación de solicitudes de participación:* A esta fase del procedimiento dedica la Ley el artículo 177, que dice que:

“1. Cuando se acuda al procedimiento negociado por concurrir las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 170, en la letra a del artículo 171, o en la letra a del artículo 174, el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 142.

¹⁶⁰⁴ Conforme al artículo 176 del TRLCSP, los aspectos objeto de negociación son los económicos y técnicos. Esta fase en ningún caso constituye una reapertura o renegociación de las condiciones estipuladas en el pliego. En este caso, se advierte una carencia en la regulación, ya que la Ley no detalla la manera de realizar la negociación, lo que plantea el problema de que en muchos casos no se negocie contraponiendo ofertas, que sería lo que más convendría a los intereses públicos.

Podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación se incluya a todos los licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos.

2. Igualmente, en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por el procedimiento negociado por ser de cuantía inferior a la indicada en los artículos 171, letra d), 172, letra b), 173, letra f), 174, letra e) y 175, deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 126 cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos¹⁶⁰⁵.

3. Serán de aplicación al procedimiento negociado, en los casos en que se proceda a la publicación de anuncios de licitación, las normas contenidas en los artículos 163 a 166, ambos inclusive. No obstante, en caso que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el apartado 1 del artículo siguiente.”.

2.3.c.3) *Negociación de los términos del contrato*: A esta fase final del procedimiento dedica la Ley el artículo 178, lo primero que cabe señalar antes de pasar a reproducir el artículo 178, es que esta fase está íntimamente ligada a la fase de delimitación del objeto de negociación. En este sentido el artículo 178, dice que:

“1. En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible¹⁶⁰⁶.”.

¹⁶⁰⁵ A lo largo del presente trabajo hemos ido resaltando las principales novedades que ha introducido la nueva Ley, tanto las que hemos considerado positivas, como las que hemos considerado negativas. Dentro de este último grupo se advierte un grupo de preceptos redactados haciendo un mal uso de la técnica normativa, este mal uso redundará en la claridad y en la comprensión de la Ley, que en algunos puntos es especialmente obtusa y requiere grandes esfuerzos para lograr comprenderla. En este sentido la directriz número 67 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, dice para el caso de las remisiones normativas: “ Cuando la remisión resulte inevitable, ésta no se limitará a indicar un determinado apartado de un artículo sino que deberá incluir una mención conceptual que facilite su comprensión; es decir, la remisión no debe realizarse genéricamente a las disposiciones, sino, en lo posible, a su contenido textual, para que el principio de seguridad jurídica no se resienta.”, como fácilmente se puede comprobar, en la redacción de este precepto se ha incumplido claramente esta directriz, redactando un precepto obtuso; sobre las remisiones, F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Las directrices de técnica normativa*, Revista de Administración Pública, nº 170, 2006, pág. 84, dice que: “... Sin embargo, como un exceso de remisiones puede oscurecer más que ayudar.....”.

¹⁶⁰⁶ En relación con la concurrencia que se suscita en el procedimiento negociado, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, op. cit. pág. 409, dice que: “En el procedimiento negociado se produce,

2. Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de solicitudes que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.
3. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.
4. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.
5. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones de aceptación o rechazo¹⁶⁰⁷.”.

4. Diálogo competitivo¹⁶⁰⁸:

Introducción: Una de las novedades que acoge la nueva Ley de Contratos del Sector Público es la creación (importación¹⁶⁰⁹) de esta modalidad de adjudicación de los contratos

como sabemos, una adjudicación directa, aunque existe una concurrencia mínima, más aparente que real en la práctica, de tres empresas también libremente seleccionadas por la Administración, a las que ésta consulta ante de elegir justificadamente al adjudicatario.”.

¹⁶⁰⁷ En definitiva este precepto, lo que hace es exigir que se informe de los términos y de las condiciones en las que se ha producido la negociación del contrato. Esta información es vital para conocer las características de la oferta y para poder defender los derechos de los diferentes aspirantes al contrato.

¹⁶⁰⁸ Los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público, excepción hecha de los contratos menores, son procedimientos de concurrencia competitiva, en los que varios candidatos compiten por la adjudicación del contrato. La denominación que se ha dado a este procedimiento puede considerarse redundante, ya que en todo procedimiento de adjudicación se hay una competición entre los aspirantes a la adjudicación del contrato; no obstante, esa eventual redundancia, consideramos que la denominación es adecuada puesto que resalta la competitividad que se da entre los aspirantes en el diálogo.

¹⁶⁰⁹ Se habla también de importación debido a que el origen de esta figura hay que buscarlo en el derecho comunitario, en este sentido Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (2001/C 193/02) dice en su apartado 4.4 que: “El “diálogo competitivo” entre el poder adjudicador y los candidatos constituye una innovación adecuada, ya que los poderes adjudicadores deben poder examinar soluciones innovadoras cuando desconocen o son objetivamente incapaces de evaluar lo que el mercado puede ofrecer en términos de soluciones técnicas o financieras. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permite la existencia de este diálogo en el marco de los procedimientos abiertos y restringidos actuales, y las disposiciones en vigor en relación con el recurso al

del sector público¹⁶¹⁰, esta modalidad de adjudicación nace ante la necesidad que surge de instancias comunitarias¹⁶¹¹ de dotar de una mayor flexibilidad a los órganos de contratación para adjudicar los contratos públicos¹⁶¹².

Las principales notas definitorias de este procedimiento de adjudicación, son la indefinición inicial del objeto del contrato y la complejidad¹⁶¹³ de las prestaciones que se pretenden contratar¹⁶¹⁴. Como dice CHINCHILLA MARTÍN, C. se sabe lo que se quiere, pero no cómo se quiere¹⁶¹⁵, en una línea similar se expresa HERNANDO RYDINGS, M.¹⁶¹⁶. Las

procedimiento negociado con publicidad previa de un anuncio están limitadas a situaciones excepcionales. El Comité apoya esta propuesta, pero afirma que se debe reforzar y precisar la aplicación del principio de confidencialidad de las informaciones proporcionadas por los operadores.”.

¹⁶¹⁰ J.A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos...*, op. cit. pág. 167, dice que: “En cuanto al diálogo competitivo como nuevo procedimiento de adjudicación, hay que destacar que la necesidad de hacer flexibles los procedimientos de adjudicación ha sido una preocupación constante del Derecho comunitario. Como señaló la Comunicación de las Comisión de 11 de marzo de 1998...”.

¹⁶¹¹ El considerando 31 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “... es conveniente pues prever un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato los aspectos del contrato.”.

¹⁶¹² En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006, relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, dice que: “La necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación es una preocupación del Derecho comunitario. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (“Contratación pública en la unión europea: reflexiones para el futuro”), se decía en esta que “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (....) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas “clásicas” sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones.”.

¹⁶¹³ De esta nota característica, debe destacarse el importante componente subjetivo que tiene, ya que la complejidad se encuentra vinculada a los medios de los que dispone el órgano de contratación. Cuanto más medios posea más sencilla será la delimitación del objeto del contrato. En relación con la complejidad que exige la aplicación de este procedimiento, S. GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, *Tratado de derecho administrativo...* op. cit, pág. 335, dice que: “El presupuesto para su aplicación es que se trate de contratos particularmente complejos. A efectos del recurso al diálogo competitivo, un contrato público se considerará “particularmente complejo” cuando el poder adjudicador no se encuentre capacitado para valorar los medios técnicos que puedan satisfacer sus necesidades y objetivos cuando el poder adjudicador no se encuentre capacitado para determinar la cobertura jurídica o financiera del proyecto.”.

¹⁶¹⁴ La Exposición de Motivos de la LCSP, dice que: “..., el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores....”.

¹⁶¹⁵ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato...*, op. cit. pág. 637.

dos notas características señaladas, principalmente la relativa a la indefinición del objeto del contrato¹⁶¹⁷, son las que permiten distinguir este procedimiento del procedimiento negociado¹⁶¹⁸, así SÁNCHEZ MORÓN, M. ha señalado que se trata de una variante del procedimiento restringido o una fórmula intermedia entre éste y el procedimiento negociado con publicidad¹⁶¹⁹.

1) Configuración normativa del diálogo competitivo: En este procedimiento se entabla un diálogo dirigido por el órgano de contratación¹⁶²⁰, que tiene por objeto desarrollar soluciones que sirvan de base para presentar una oferta. Al tratarse de contratos especialmente complejos, los contratistas que aspiran a la obtención del contrato deben preparar trabajos, documentación, etc... que les sirva para presentar la oferta final, esta elaboración de documentación hace incurrir al contratista en un coste, admitiendo la Ley la

¹⁶¹⁶ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada....* op. cit, pág.461, dice que: “En definitiva, en este tipo de supuestos, los órganos de contratación saben cuáles son sus necesidades, pero no cual es la mejor vía para satisfacerlas y de ahí que se proponga un procedimiento flexible, aplicable a supuestos particularmente complejos en los casos en que los procedimientos alternativos se muestren insuficientes para adjudicar este tipo de contratos.”.

¹⁶¹⁷ Decimos que principalmente la relativa a la indefinición del objeto del contrato debido a que es la nota que presenta una mayor consistencia, ya que la complejidad constituye un concepto que tiene un aspecto subjetivo importante, dependiendo de quien planee el contrato este será más o menos complejo. Por ejemplo, para un Ayuntamiento pequeño, un contrato de servicios informáticos puede ser muy complejo, debido a los pocos medios que tiene para delimitar el objeto del contrato; mientras que para la Administración General del Estado, o una Comunidad Autónoma, o un Ayuntamiento grande el objeto del contrato puede ser más sencillo, ya que dispone de más medios.

¹⁶¹⁸ Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del párrafo tercero del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la Posición común del Consejo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios, de 14 de agosto de 2003, aparece una enmienda (la número 18) que proponía introducir en la Directiva 2004/18/CE una definición de contrato particularmente complejo que se basara en la imposibilidad de definir los medios técnicos o de otro tipo para satisfacer las necesidades del ente contratante.

¹⁶¹⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación*, op. cit, pág. 466.

¹⁶²⁰ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada....*op. cit, pág. 463, dice que: “A grandes rasgos, cabe afirmar, que este procedimiento se caracteriza porque con anterioridad a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación, establece un diálogo con cada entidad contratante interesada en contratar con aquel, con el fin de definir una solución a sus necesidades, como paso previo a la adjudicación del contrato propiamente dicha, de esta forma, a diferencia de otros procedimientos de adjudicación (negociado y restringido), tal y como apunta la doctrina, en el dialogo competitivo la concurrencia se abre para que los interesados puedan presentar modelos que puedan satisfacer las necesidades de la Administración, para poder llegar a una o varias soluciones posibles.”.

posibilidad de establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo, con el fin de compensarles los gastos en los que incurran para presentar sus propuestas¹⁶²¹.

Supuestos de aplicación del diálogo competitivo: La aplicación de ese procedimiento se refiere a contratos cuyo objeto es especialmente complejo, siendo obligatorio en todo caso en los contratos de colaboración público privada. A estos supuestos alude el artículo 180 de la Ley, cuando dice que:

“1. El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

2. A estos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

3. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 170.a.”.

Debido al objeto del trabajo me siento obligado a realizar un esfuerzo por enumerar las categorías del contrato de servicios que por sus características, pueden ser susceptibles de adjudicación mediante el procedimiento de diálogo competitivo, que son a mi juicio las siguientes:

- Categoría 8 del Anexo II “Servicios de investigación y desarrollo”: Parece que debido a la velocidad con la que avanza la técnica en estos tiempos, buena parte de las prestaciones que se pueden englobar dentro de esta categoría pueden adolecer de

¹⁶²¹ Así lo dice el artículo 179.2 TRLCSP. Esta medida parece totalmente lógica, ya que la ausencia de primas desincentivaría la participación de contratistas o por lo menos podría empeorar las ofertas, ya que los esfuerzos por hacer una buena oferta sólo se verían compensados al contratista que consiguiera la adjudicación del contrato. Esta solución, no es desconocida para nuestro derecho positivo, previéndose una medida similar para el supuesto de adjudicación de contratos para el tratamiento de la información mediante concurso, en el artículo 184 del TRLCAP; este sistema de licitación podía desenvolverse en dos fases, pudiendo recibir la compensación establecida en el pliego particular los contratistas que pasaran a la segunda fase, que no resultaran adjudicatarios siempre que hubieran realizado pruebas o trabajos.

indefinición inicial y ser particularmente complejas, estando llamadas por lo tanto a adjudicarse por el procedimiento de diálogo competitivo.

- Categoría 11 del Anexo II “Servicios de consultores de dirección y servicios conexos”: Debido al carácter intelectual de las prestaciones y lo diverso y complejo que se plantea el objeto del contrato, en esta categoría, creo que podría ser objeto, en algún caso, de adjudicación mediante el diálogo competitivo.
- Categoría 12 del Anexo II, “Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; Servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajística. Servicios conexos de consultores de ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos”: En todos estos servicios podría aparecer una cierta indefinición combinada con complejidad, que hagan aconsejable acudir al diálogo competitivo.
- Categoría 21 del Anexo II, “Servicios jurídicos”: Debido a las características de este tipo de servicios y al hecho de que la mayor parte de las Administraciones públicas disponen de cuerpos específicos de funcionarios bien formados, encargados del asesoramiento y defensa jurídica de la Administración; la nota de la complejidad siempre estará presente en este tipo de contratos, en los que por la complejidad del asunto la Administración no acude a sus propios funcionarios, decidiendo acudir al sector privado. En cuanto a la nota de la indefinición del objeto, no se puede ser tan categóricos como se ha sido con el tema de la complejidad, ya que habrá que ir caso por caso para advertir si concurre o no.

No quiero finalizar este recorrido que he realizado por las prestaciones que son susceptibles de ser adjudicados por el sistema de diálogo competitivo, sin decir que he pretendido realizar un juicio apriorístico de susceptibilidad de adjudicación por diálogo competitivo, pero resulta evidente que habrá que analizar caso por caso, para ver si procede o no acudir a este procedimiento. En particular para juzgar la conveniencia del procedimiento comentado, hay que tener presente si concurren sus dos notas características, esto es la complejidad y la indefinición inicial del objeto del contrato.

2) *Fases del procedimiento*: Una de las autoras que se ha preocupado de analizar este procedimiento más tempranamente ha sido CHINCHILLA MARTÍN, C. que ha optado por seguir la sistemática de la Ley¹⁶²², en mi caso, aún a riesgo de resultar demasiado detallista, he advertido más fases en el desarrollo del procedimiento que la citada autora, con ello pretendo que la exposición tenga un valor didáctico ayudando a entender un procedimiento nuevo y complejo como éste. Por ese motivo se advierten nueve fases en el procedimiento:

- *Primera fase*: Anuncio con delimitación o no de necesidades o requisitos, en el caso de no delimitarse en el anuncio las necesidades y requisitos deben delimitarse en un documento descriptivo, sobre este documento la profesora HERNANDO RYDINGS, M. nos recuerda la obligatoriedad de su presentecia¹⁶²³ (artículo 181.1 TRLCSP).

- *Segunda fase*: Fase de selección, que se hará conforme a los criterios de los artículos 163 a 165 (artículo 181.2 TRLCSP).

- *Tercera fase*: Fase de envío de invitaciones a tomar parte en el diálogo (artículo 181.3 TRLCSP).

- *Cuarta fase*: Fase de desarrollo del diálogo propiamente dicho, (artículo 182.1.2.3 TRLCSP), el fin del diálogo es definir y determinar los medios adecuados para satisfacer las necesidades del órgano de contratación.

- *Quinta fase*: Fase de finalización del diálogo (artículo 182.4.1º TRLCSP), una vez que el órgano de contratación haya encontrado las soluciones que se ajusten a sus necesidades se habrá cumplido la finalidad del diálogo, debiendo finalizar para lo cual es necesario que se declare expresamente.

¹⁶²² C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato....*, op. cit. pág. 637.

¹⁶²³ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada*. ... op. cit., pág. 466, dice que: “No obstante, a pesar de la dicción del citado artículo, entendemos que la existencia del citado documento descriptivo es obligatoria, ya que, de conformidad con las previsiones del artículo 109.3, dicho documento, como ya hemos apuntado antes, sustituye a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas.”.

-
- *Sexta fase:* Fase de presentación de la oferta final (artículo 182.4.2º TRLCSP), finalizado el diálogo el órgano de contratación invitará a los participantes a que presenten una oferta final.
 - *Séptima fase:* Fase de presentación de ofertas, en esta etapa se presentan las ofertas finales por los candidatos.
 - *Octava fase:* Fase de valoración de las ofertas (artículo 183.2 TRLCSP):
 - *Novena Fase:* Fase de determinación de la oferta más ventajosa y de aclaraciones, la Ley permite al órgano de contratación requerir al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa solicitándole aclaraciones o que ratifique compromisos (artículo 183.3 TRLCSP), esta previsión ha hecho saltar las alarmas dentro de nuestra doctrina más autorizada que ha advertido del riesgo que esta medida podría suponer, ya que podría llevar a una modificación del objeto del contrato¹⁶²⁴; soy partidario de una interpretación estricta de este precepto, en el sentido de entender que en base al mismo únicamente es posible pedir aclaraciones, nunca modificaciones del objeto por pequeñas que estas sean, porque de ser así se estaría otorgado una ventaja competitiva al adjudicatario al que se le permite mejorar su oferta en detrimento de los demás aspirantes, que en ese momento ya han sido excluidos del diálogo. Además creo que la citada medida vulnera los principios inspiradores de la contratación pública de igualdad de trato y de transparencia.

¹⁶²⁴ C. CHINCHILLA MARTÍN, *El nuevo contrato de colaboración...*, op. cit. pág. 639, dice que: “Es cuestionable, en mi opinión, la necesidad de dar una segunda oportunidad al órgano contratante para pedir aclaraciones y, sobre todo, la ratificación de compromisos que figuran en la oferta: ¿qué necesidad hay de que el empresario tenga que ratificarse de lo que ya se compromete a hacer en su oferta, si dicha oferta, por sí sola, ya le vincula? Además, es preocupante el uso que pueda hacerse de esta disposición, dado que la aclaración se pide al que, en principio, a resultar adjudicatario, por lo que el riesgo de caer en la tentación de modificar algo es mayor y, por otro lado el hecho de que se prohíba modificar, en este momento, elementos sustanciales de la oferta ¿significa que, por el contrario, sí se podrán modificar elementos que no sean sustanciales? En mi opinión, no debería admitirse la modificación de elemento alguno al licitador cuya oferta al órgano de contratación considere más ventajosa, y ello porque, aunque no sea sustancial o fundamental, alguna importancia tendrá siempre. Ahora bien y dicho ello, debe advertirse que estas previsiones son transcripción literal de las Directiva Comunitaria.”.

3) *Valoración final del diálogo competitivo*: Tradicionalmente las formas de adjudicación de los contratos se han basado, por razones diversas¹⁶²⁵, en la separación o incomunicación entre el órgano de contratación y el contratista, y cuando se ha permitido el diálogo lo ha sido sobre la base de un objeto bien delimitado y sobre alguno de los aspectos del contrato¹⁶²⁶.

Este nuevo procedimiento de adjudicación permite la comunicación entre el contratista y el órgano de contratación para definir el objeto del contrato, pero siempre sobre la base de un diálogo dirigido por el órgano de contratación¹⁶²⁷. Esta modalidad de adjudicación plantea importantes y razonables dudas, que se irán resolviendo con el paso del tiempo. No obstante, la misma, parece ser producto de su tiempo, esto es de un tiempo en el que se están alterando o replanteando las bases institucionales del derecho administrativo, en el que las restricciones presupuestarias están fomentando un repliegue de la Administración pública, las nuevas tecnologías y la sociedad de la comunicación y del conocimiento exigen cada vez más constantes intervenciones, actualmente los dirigentes de las Administraciones tratan de eludir el uso de potestades de imperio para buscar técnicas paccionadas de logro de los objetivos administrativos¹⁶²⁸; en este contexto es en el que nace el nuevo procedimiento de adjudicación que trata de proporcionar, en casos especialmente complejos, un procedimiento menos rígido, basado en la lealtad y confianza entre el ente

¹⁶²⁵ Dentro de estas razones encontramos la posible influencia en el órgano de contratación por parte del contratista. El principal problema que plantean este tipo de relaciones es la comunicación de información relevante, o las negociaciones de las que no quedan constancia documentada en el expediente, que afecta a los principios de publicidad y de transparencia.

¹⁶²⁶ Como ocurre en el procedimiento negociado. En el procedimiento negociado, como hemos visto, se negocia el contrato sobre la base de un objeto determinado. En el diálogo competitivo, el objeto adolece de indefinición y se va concretando por medio de la negociación.

¹⁶²⁷ De esta manera no se desapodera al órgano de contratación del contrato, no obstante, es preciso advertir que se produce en la delimitación del objeto una doble confluencia de intereses, los generales que representa el órgano de contratación, y los comerciales que representan los contratistas. Confluencia que hasta ahora era desconocida, es precisamente aquí donde se plantea el riesgo que supone esta modalidad de adjudicación, cuando el órgano de contratación no sepa modular bien esos intereses, quebrando los intereses generales a favor de los comerciales.

¹⁶²⁸ Estas técnicas paccionadas además de ser menos agresivas y más atractivas desde el punto de vista político, logran una mayor implicación por parte de los destinatarios, que no actúan en base a un acto ejecutorio de la Administración, sino que lo hace en virtud de un acuerdo que ha podido negociar.

del sector privado y el del sector público que juntos buscan soluciones a un problema determinado.

5. Concurso de proyectos:

Introducción: Es un procedimiento de adjudicación especialmente ideado para adjudicar determinados tipos de contratos de servicios, con un marcado carácter intelectual de las prestaciones contratadas, su regulación está en los artículos 184 y sig. de la Ley, mediante este procedimiento de adjudicación se pretende la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos; presentando como principal característica que en la selección del contratista interviene un jurado (artículo 184.1 TRLCSP) ¹⁶²⁹.

La Ley diferencia entre dos tipos de concursos de proyectos:

- a) Los organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios.
- b) Los concursos de proyectos con primas de participación.

Es posible limitar el número de participantes que participan en un concurso de proyectos, siempre que la limitación se haga en base a criterios objetivos y no discriminatorios, y que se respete la competencia ¹⁶³⁰. El jurado que interviene en el concurso de proyectos estará compuesto por personas físicas independientes de los participantes en el concurso, este jurado actuará con autonomía e independencia, adoptando sus decisiones tomando en consideración las bases del concurso. El órgano de contratación puede apartarse del criterio del jurado, motivando su decisión ¹⁶³¹.

¹⁶²⁹ S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo.... op. cit*, pág. 335.

¹⁶³⁰ Ver el artículo 186 de la Ley.

¹⁶³¹ Artículo 188.8 de la Ley.

6. Contratos menores:

Opto por hacer una referencia a los contratos menores dentro del apartado dedicado a la adjudicación de los contratos, este tipo de contrato se caracteriza por la simplicidad que implica la tramitación del expediente¹⁶³².

Se delimitan exclusivamente por el precio que para los contratos de servicios es inferior a 18.000 euros¹⁶³³ (artículo 138.3.2º TRLCSP). Otro de los rasgos definitorios de esta categoría es que en los mismos se produce una adjudicación directa, no siendo necesario que se suscite ningún tipo de concurrencia para poder adjudicarlos; no obstante la opción de adjudicar un contrato como menor es una opción que ofrece a los operadores jurídicos el ordenamiento, pudiendo optar el órgano de contratación por adjudicar el contrato por otro procedimiento suscitando concurrencia¹⁶³⁴.

El ajuste de la figura del contrato menor a la legalidad vigente plantea serias dudas, en la medida en que con el uso de este tipo contractual se vulneran dos principios inspiradores de la contratación pública como son los de igualdad de trato¹⁶³⁵ y el de transparencia¹⁶³⁶; principios que como sabemos son aplicables a todos los contratos que adjudiquen los poderes adjudicadores, independientemente de su tipo y de su cuantía.

De la regulación contenida en la Ley parece que el legislador deja a los órganos de contratación la opción de acudir o no al contrato menor; no obstante y en base a lo expuesto

¹⁶³² Para la tramitación del expediente de un contrato menor se requiere la aprobación del gasto y la incorporación de la factura (artículo 111.1 TRLCSP).

¹⁶³³ En el cálculo del importe de estos 18.000 euros debe tenerse en cuenta que está excluido el IVA, según ha venido manteniendo la Abogacía del Estado en la Circular nº3/2008, de 30 de julio de 2008.

¹⁶³⁴ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 2/1997, de 14 de febrero, dice que: “ Que el órgano de contratación puede utilizar la figura del contrato menor, de acuerdo con los artículos 57 y 202 de la LCAP, sin que haya obstáculo legal para que igualmente pueda optar por cualquiera de los otros procedimientos y formas de adjudicación previstos en el artículo 209 de la LCAP, incluso el procedimiento negociado sin publicidad en razón de la cuantía del presupuesto del contrato, debiéndose tener en cuenta, en todo caso, las limitaciones establecidas al respecto a la subasta.”.

¹⁶³⁵ Recordemos que en este contrato no hay ningún tipo de concurrencia, sino una adjudicación directa, donde el órgano de contratación elige directamente al contratista que le corresponde ejecutar el contrato.

¹⁶³⁶ Hay una ausencia de transparencia, ya que el contrato no recibe ningún tipo de publicidad. Ambos recogidos en el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

anteriormente, parece que el uso de esta modalidad contractual debe ser interpretado de una manera restrictiva, ya que mediante este tipo, no es que se restrinja la concurrencia sino que directamente se elimina.

7. Asociación para la innovación.

Introducción: La dinámica social que impulsa los cambios normativos, hace que el sector público deba disponer de mecanismos eficientes para lograr desarrollar nuevos proyectos, dinámicos e innovadores. Lo anterior implica un cierto punto de ruptura con los procedimientos de adjudicación decimonónicos, es en este contexto en el que situamos al diálogo competitivo, y al nuevo procedimiento de licitación que ha diseñado la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación pública de 20 de diciembre de 2012, en adelante nueva Directiva, que concibe este procedimiento como un instrumento para el fomento de contratación innovadora.

Se alude a este procedimiento al entender que el mismo está llamado a jugar un papel de relevancia, para la adjudicación de contratos administrativos de servicios marcados por la complejidad de sus prestaciones.

Configuración del nuevo procedimiento: El procedimiento que se está comentando se regula en el artículo 29 de la nueva Directiva, siendo concebido como un proceso que se estructura en fases sucesivas, concluyendo con la fabricación del suministro o con la prestación del servicios. Destaca como particularidad de este procedimiento, el hecho de que en la fase de selección de los candidatos, los poderes adjudicadores deberán prestar especial atención a los criterios relativos a la capacidad y experiencia de los licitadores en el ámbito de la investigación y el desarrollo de soluciones innovadoras.

III. La adjudicación de otros contratos del Sector Público. Quizás uno de los objetivos más ambiciosos que se ha planteado la nueva Ley, ha sido la pretensión de regular toda la contratación del sector público, muestra de este objetivo es el capítulo II del Título I del Libro III de la Ley, que lleva por rúbrica “Adjudicación de otros contratos del sector público”, que se divide a su vez en tres secciones distintas.

Resulta llamativo ver como la Ley establece una regulación de detalle para las Administraciones Públicas, y una regulación tan poco extensa para el resto de entes que se encuentran sometidos a la Ley, se podría decir que el régimen se flexibiliza o se relaja cuando quien concierta el contrato no es una Administración.

Ya se ha visto, en otro apartado de este trabajo, el fenómeno de la huída del derecho de la contratación pública, que es un derecho pensado para garantizar los principios generales de la contratación pública, a mi juicio, el legislador ha dejado pasar una oportunidad de garantizar la aplicación íntegra de este derecho a todos los entes que integran el sector público, optando por una regulación descafeinada para los entes que no son Administración Pública. No obstante, si que se advierte una cierta mejoría con respecto a la regulación anterior.

La sección primera, regula las normas aplicables a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública (artículos 189 a 193 del TRLCSP). Para estos entes se diferencian dos tipos de contratos, en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados, así la DIEZ SASTRE, S., recuerda que mientras que para los primeros la Ley ofrece una regulación completa, para los segundos la ofrece inacabada¹⁶³⁷:

a) *Los contratos sujetos a regulación armonizada:* (artículo 190 TRLCSP), estos contratos se rigen por las normas establecidas en el capítulo anterior¹⁶³⁸, que se acaba de analizar, con las siguientes adaptaciones:

No serán de aplicación las siguientes normas:

- Las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos.
- Los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas; sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en el apartado 3 y lo previsto en el apartado 5.

¹⁶³⁷ DIEZ SASTRE, S, *La tutela de los licitadores ...*, op. cit., pág. 232.

¹⁶³⁸ Capítulo I del Título I del Libro III de la Ley, que lleva por rúbrica “Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”.

-
- El artículo 156 sobre formalización de los contratos.
 - El artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuestas de adjudicación.
 - El artículo 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar los contratos de gestión de servicios públicos.
 - Por lo que respecta a la publicidad:

No es preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el “ Diario Oficial de la Unión Europea”, y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Finalmente, cuando existan razones de urgencia será de aplicación lo previsto en el artículo 112.2.b de la Ley (artículo 190.2 TRLCSP).

b) *Adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada (artículo 191 TRLCSP)*: La relajación de la Ley conoce su grado máximo en este tipo de contratos.

La adjudicación de estos contratos se encuentra sometida a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Estos entes deben aprobar unas instrucciones de obligado cumplimiento interno, en las que se regulen los procedimientos de contratación. Las mismas deben ponerse en conocimiento de los interesados en participar en el procedimiento y publicarse en el perfil de contratante¹⁶³⁹.

Con respecto a estas instrucciones la profesora DIEZ SASTRE, S., clarifica su eficacia siguiendo una expositiva sistemática y clarificadora, así diferencia entre una proyección

¹⁶³⁹ Parece que la publicación de las instrucciones, unido a la vinculación interna que tienen las instrucciones, y aplicando el principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos sería los factores que podría permitir a un contratista exigir el cumplimiento de las instrucciones internas.

interna de las instrucciones, o *eficacia ad intra*, y una proyección externa o *eficacia ad extra*¹⁶⁴⁰.

La austeridad regulatoria que tienen las instrucciones de contratación, ha planteado dudas acerca de su naturaleza jurídica y valor normativo. Nuevamente la profesora DIEZ SASTRE, S. ha delimitado ese valor señalando que de las mismas puede derivarse un mandato general de auto-vinculación¹⁶⁴¹.

Como único control de estas instrucciones, en el ámbito de la Administración General del Estado, se requiere un informe previo de las mismas por parte de la Abogacía del Estado¹⁶⁴².

Si bien pudiera ser plausible la obligación que se impone de regular los procedimientos de contratación, la misma se queda en nada, salvo en el Estado no se impone ningún tipo de control a las mismas, además el hecho de que tengan carácter interno plantea problemas a los efectos de la impugnación y de su conocimiento por los contratistas.

Considero que ya que nos encontramos con entes que tienen una vinculación con la Administración que los ha creado y que los tutela, lo correcto habría sido que la Administración matriz que tutela el ente aprobara las citadas instrucciones, responsabilizándose del control de legalidad de las mismas.

Pero la relajación de las reglas de la contratación pública también llega al régimen de publicidad, entendiéndose por cumplido el principio de publicidad con la publicación en el perfil de contratante la licitación cuando el importe del contrato supere los 50.000 euros, sin

¹⁶⁴⁰ DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores ...*, op. cit, pág. 234, dice sobre la eficacia interna de las instrucciones que: “La proyección interna de las instrucciones significa que la actividad contractual de cada ente debe someterse a las reglas que establecen.” y pág. 235, dice que: “De modo que los licitadores que concurren a los procedimientos abiertos conforme a las instrucciones de contratación tienen, como mínimo, derecho a dos cosas: a que se respeten los principios mencionados y a que se adjudique el contrato al que realice la oferta económicamente más ventajosa.”.

¹⁶⁴¹ DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores....*, op. cit, pág. 237, dice que: “Es cierto que el legislador no dice expresamente si estas instrucciones vinculan más allá de los propios entes, sólo afirma que tienen carácter “interno”. Pero de una interpretación teleológica y sistemática de la previsión legal de las instrucciones puede derivarse un mandato general de autovinculación.”.

¹⁶⁴² Artículo 191.b.2º TRLCSP.

perjuicio de sistemas complementarios de publicidad que puedan arbitrarse por las instrucciones internas (artículo 191.1.c TRLCSP).

Me pregunto ¿qué ocurre con los contratos de menos de 50.000 euros?, ¿qué publicidad reciben?, pues bien la Ley calla a este respecto dejando a las instrucciones internas una decisión como la de dar publicidad al contrato. Lo que es seguro es que en estos contratos también se debe dar satisfacción al principio de publicidad, por lo que las instrucciones deberán arbitrar medios de publicidad de los contratos inferiores a los 50.000 euros; de este modo el legislador ha decidido dejar en las imaginativas manos de los gestores de las entidades que son poderes adjudicadores pero no Administración Pública, el dar satisfacción al principio de publicidad, no importándole lo más mínimo que tanto estos entes como la Administración manejen fondos públicos. Nuevamente es posible preguntarse ¿Cuál es la razón de este tratamiento distinto?, ¿gestionan peor los entes que actúan bajo formas públicas de personificación?, ¿es el derecho administrativo, en particular, el derecho de la contratación pública, un derecho inútil, ineficaz que supone una traba a la tutela de los intereses generales?.

La sección segunda, está dedicada a la contratación de los entes organismos y entidades del sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador.

Estos entes deberán ajustarse a los ya conocidos principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (artículo 193.1 TRLCSP). Los mismos deben adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

El legislador les impone la obligación de elaborar unas instrucciones internas que deben comunicarse de la misma forma que las anteriores, siendo necesario que se informen por el órgano al que le corresponde el asesoramiento jurídico de la entidad correspondiente¹⁶⁴³.

Por último, la sección tercera está dedicada a las normas aplicables a los contratos subvencionados, diciendo el artículo 193 que los mismos se regirán por las normas del artículo 190 del TRLCSP.

¹⁶⁴³ Consideramos que a estas instrucciones internas les resulta de aplicación todas las consideraciones realizadas, en cuanto a la aprobación de las mismas por la Administración matriz.

Como reflexión final a todo lo expuesto sobre la adjudicación de los otros contratos del sector público, debo señalar que me produce una gran insatisfacción la regulación expuesta, ya que la misma no hace sino que flexibilizar o en algunos casos diluir completamente el régimen de la contratación pública, esta regulación no acaba en ningún caso con el fenómeno de la huída del derecho de la contratación pública. Considero que se ha perdido una nueva oportunidad de ampliar el ámbito de aplicación del derecho de la contratación pública, y por tanto el control que se ejerce sobre el dinero público que se destina a la financiación de contratos independientemente del ente que los adjudique. Cabe otra lectura, quizás más desesperanzadora, que consistiría en señalar que parece que al legislador el derecho administrativo regulador de la contratación pública le resulta un derecho ineficaz, obsoleto, incapaz de satisfacer las necesidades que tiene el Sector Público, por ese motivo decide fomentar la flexibilidad, la ausencia de reglas y de controles internos¹⁶⁴⁴.

iii.6. Racionalización técnica de la contratación.

El legislador pretende aportar una serie de normas tendentes a lograr una racionalización técnica de la contratación de los entes sujetos a la Ley. Así, a la hora de afrontar los métodos de racionalización diferencia entre Administraciones Públicas, y entes que no tienen la consideración de Administración.

Las Administraciones disponen de unos sistemas tasados de racionalización técnica, cuáles son los acuerdos marco, los sistemas dinámicos o la centralización de la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados (artículo 194 TRLCSP).

Los entes que no son Administración, deben regular estos sistemas en sus normas o instrucciones propias, que deberán ajustarse a las disposiciones del Título II del Libro III cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 194 TRLCSP).

¹⁶⁴⁴ Suele ser habitual, en la Administración, que antes de realizar un gasto se produzca una fiscalización del acto que da lugar al reconocimiento de obligaciones, no permitiéndose ese reconocimiento en el caso de que se advierta alguna irregularidad, se produce por lo tanto un control a priori. En el caso de las entidades con formas privadas de personificación el control del gasto es a posteriori, es decir una vez que el mismo se ha acordado.

Mediante estos sistemas se pretende contratar con una mayor agilidad y a un mejor precio.

4.1) *Acuerdo marco* (artículos 196 a 198 TRLCSP)¹⁶⁴⁵: Se trata de un sistema que tiene por objeto delimitar las condiciones en las que se van a celebrar futuros contratos, la duración de los acuerdos no podrá ser superior a cuatro años salvo supuestos excepcionales y justificados¹⁶⁴⁶. El acuerdo se suscribe entre el órgano de contratación y las empresas que vayan a formar parte del mismo, a las que se les adjudicarán los contratos derivados del acuerdo.

Por las limitaciones que la Ley impone a los acuerdos marco¹⁶⁴⁷, esta modalidad únicamente puede utilizarse para adjudicar contratos claramente definidos, que forman parte del tráfico jurídico habitual de la Administración, lo que se podría llamar con Miguel Sánchez Morón prestaciones en serie¹⁶⁴⁸.

4.2) *Sistemas dinámicos de contratación*: (artículos 199 a 202 TRLCSP): Se trata de un sistema que se desarrolla mediante medios electrónicos, informáticos y telemáticos; que se encuentra sometido a una limitación temporal de cuatro años, salvo supuestos excepcionales y justificados. Se puede hacer uso de este sistema para la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros de uso corriente¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁵ El acuerdo que se celebra pactando las condiciones que deben reunir los futuros contratos que se adjudique, se asemeja a la figura de precontrato o promesa de contrato, en el que dos partes pactan las condiciones que debe tener un futuro contrato. En este sentido, J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág 382, definen el precontrato como: "...el acuerdo entre dos partes por el que una sola, o las dos recíprocamente, prometen un futuro contrato cuyos extremos principales han dejado previstos total o parcialmente."

¹⁶⁴⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias*, ..., ..op, cit, pág. 467, dice acerca de los acuerdos marco que: "Una segunda modalidad novedosa de contratación son los acuerdos marco, que consisten en concertar con uno o varios contratistas las condiciones de una pluralidad de contratos singulares que van a adjudicar durante un periodo de tiempo no superior a cuatro años, en particular las referidas a precios y cantidades."

¹⁶⁴⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación...*, op. cit. pág. 467.

¹⁶⁴⁹ La expresión "de uso corriente" sugiere, para el caso del contrato de servicios, servicios que forman parte del tráfico jurídico habitual de la Administración. Servicios pues que la Administración consume con regularidad.

4.3) *Centrales de compra*: (artículos 203 a 207 TRLCSP): Se trata de servicios especializados, que pueden actuar como órganos de contratación adquiriendo obras, servicios o suministros; o como intermediarios adjudicando contratos para otros órganos, o incluso concertando acuerdos marco. Pueden crear centrales de contratación el Estado, las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales.

iii.7.Órganos de asistencia.

En este apartado del trabajo se retoma la referencia a los órganos de asistencia¹⁶⁵⁰, para analizarlos desde otro punto de vista diferente al que ya se ha hecho.

5.1) *Mesas de contratación*¹⁶⁵¹: Se trata de un órgano que tiene una composición técnico-jurídica¹⁶⁵², y que tiene como misión asistir al órgano de contratación ayudándole a preparar el acto de adjudicación del contrato¹⁶⁵³.

La función principal de la mesa de contratación es realizar una valoración de las ofertas (artículo 320.1 TRLCSP)¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵⁰ La participación en el procedimiento de contratación de órganos de asistencia al órgano de contratación, es una solución que se utiliza en múltiples ordenamientos jurídicos, así sucede con la comisión consultiva de compras y contratos que asiste a los órganos de la Comisión Europea, S. GONZÁLEZ VARAS- IBAÑEZ, *La contratación ...*, op.cit., dice que: “Esta comisión es un órgano administrativo, compuesto por representantes de los servicios financieros y jurídicos de la Comunidad, que ejerce esencialmente funciones consultivas y de asesoramiento de forma independiente, respecto de la contratación de los “ordenadores”(ordenador es una palabra que se utiliza para aludir a las instituciones comunitarias) de las instituciones europeas.”.

¹⁶⁵¹ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *La adjudicación de los contratos...*, op. cit., , pág. 284, dice que: “ La doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en atribuir a las Mesas de Contratación la naturaleza de órganos colegiados independientes y, por ello, integradas por mayoría de personas con cualificación técnica y sin relación jerárquica con el órgano de contratación, al objeto de asegurar su objetividad e imparcialidad en la selección del mejor licitador. Las notas de independencia y de carácter técnico han de presidir, necesariamente la creación y funcionamiento de estos órganos administrativos.”.

¹⁶⁵² L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho...*, pág. 409, dice que: “La legislación española prevé la intervención de la Mesa de Contratación que es un órgano colegiado de composición técnico- jurídica que prepara la decisión definitiva de adjudicación por el órgano de contratación.”.

¹⁶⁵³ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *La adjudicación de los contratos...*, op. cit. pág. 285, dice que: “Queda claro, pues, que si bien la Mesa de Contratación no decide, sino que propone su propuesta es de facto, vinculante para el órgano de contratación salvo, obviamente, que éste aprecie y confirme mediante informe técnico que es ilegal por infringir el ordenamiento jurídico.”.

La participación de la mesa es obligatoria en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad, en los procedimientos negociados sin publicidad su constitución es potestativa para el órgano de contratación (artículo 320.1 TRLCSP).

La mesa estará compuesta por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un secretario; nombrados por el órgano de contratación, entre los vocales deberá figurar un funcionario de los que tiene atribuido el asesoramiento al órgano de contratación, y un interventor¹⁶⁵⁵ (artículo 320.2.3 TRLCSP)¹⁶⁵⁶.

Un tema interesante acerca de las mesas de contratación es el relativo al régimen jurídico de sus actos¹⁶⁵⁷, se trata de discernir si determinados actos de las mesas de contratación son susceptibles de recurso administrativo o si por el contrario contra los actos de las mesas de contratación no cabe la interposición de recurso en vía administrativa.

La cuestión no es sencilla y requiere una labor de integración, así es cierto que determinados actos de las mesas de contratación pueden impedir continuar el procedimiento¹⁶⁵⁸, lo que les convertiría en actos de trámite cualificados, susceptibles de recurso. Pero también es cierto que el legislador no ha previsto en el TRLCSP reglas de

¹⁶⁵⁴ Una enumeración detallada de las funciones de la mesa de contratación se contiene en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

¹⁶⁵⁵ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 28 de abril de 1998 por el que se resuelve la discrepancia. Contratación. Función del Interventor como vocal la mesa de contratación. Diferenciación con la función de fiscalización de las propuestas de adjudicación de los contratos, dice que: “Este criterio es el sustentado por la Intervención General del Estado: “Resulta necesario indicar que, aunque el Interventor, según establecen los artículos 12.4 y 21 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, las funciones que desempeña como miembro de dichos órganos colegiados pertenecen a la esfera de la contratación administrativa y están regulados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, por tanto, son diferentes de esta Intervención General de la Administración del Estado en el ejercicio de la función interventora.”.

¹⁶⁵⁶ La Disposición adicional segunda, apartado décimo de la Ley, establece, para las corporaciones locales que los vocales de las mesas, sean funcionarios de carrera.

¹⁶⁵⁷ El régimen jurídico de la actuación de las mesas de contratación es el recogido para el funcionamiento de los órganos colegiados en la LRJ-PAC, así lo aclara el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 28 de abril de 1998 por el que se resuelve la discrepancia. Contratación. Función del Interventor como vocal la mesa de contratación. Diferenciación con la función de fiscalización de las propuestas de adjudicación de los contratos.

¹⁶⁵⁸ Encontrándonos ante actos de trámite cualificados, susceptibles de recurso (artículo 107.1.1º LRJ-PAC).

impugnación de los actos de las mesas de contratación, es precisamente aquí donde juega la labor de integración. En primer lugar, si el acto es un acto de trámite cualificado hay que admitir recurso administrativo frente al mismo, porque así lo establece el artículo 107.1.1º de la LRJ- PAC; la siguiente cuestión, consiste en dilucidar cuál es el recurso administrativo que debe interponerse a tal efecto, como de la regulación que hemos descrito de la mesa se advierte una clara subordinación entre la mesa y el órgano de contratación, entiendo que el recurso adecuado es el de alzada, en este sentido merece la pena citar el artículo 114.1 de la LRJ- PAC, que dice que:

“A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.”.

El supuesto citado que encaja perfectamente en el caso que nos ocupa, y que por lo tanto conduce a concluir que cuando los actos de las mesas de contratación sean cualificados, son susceptibles de recurso de alzada que debe interponerse ante el órgano de contratación.

5.2) *Mesa especial del diálogo competitivo*: (artículo 321 TRLCSP)¹⁶⁵⁹: Como colofón al procedimiento de diálogo competitivo se ha previsto una mesa especial que tiene como finalidad asistir al órgano de contratación cuando el contrato se adjudique por el procedimiento de diálogo competitivo, la principal particularidad de esta mesa es que a la misma se incorporarán “personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación”; suscita dudas esa

¹⁶⁵⁹ M.A. SANMARTÍN MORA, *Configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág. 152, dice que: “El artículo 296 regula para el ámbito estatal la Mesa especial del diálogo competitivo con la composición señalada en el artículo 295 a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, también designadas por el órgano de contratación y en número igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa que participarán en las deliberaciones con voz y voto.....El artículo 296 atribuye a la Mesa especial del diálogo competitivo funciones que resultan novedosas respecto de la regulación tradicional de las mesas de contratación. Es a ella a la que le corresponde la elaboración del documento de evaluación previa en los contratos colaboración sector público- sector privado al que se refiere el artículo 118.....”.

incorporación, en particular, si las personas que se incorporan deben tener una relación de servicio con la Administración¹⁶⁶⁰; o si por el contrario y debido a la especialidad y complejidad técnica del contrato que se pretende adjudicar se pueden incorporar expertos que no tengan relación de servicios con la Administración¹⁶⁶¹. Dos argumentos me hacen inclinarme por la tesis de que los expertos que se incorporen deben tener relación con la Administración, el primero, es que la ley utiliza el término “designará”, terminología que se encuentra íntimamente relacionada con la relación de jerarquía que se da en el seno de la Administración; y el segundo, porque la mesa es un órgano administrativo que debe estar compuesto, como regla general, por personal al servicio de la Administración, si se exceptionara dicha regla general debería constar la excepción expresamente en la Ley.

El número de expertos debe ser igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa.

5.3) *Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada*: (artículo 322 TRLCSP): Se trata de un órgano de asistencia al Director General de Patrimonio del Estado en sus funciones, se trata de un órgano colegiado interdepartamental cuya composición se reserva a lo que dispongan las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley.

5.4) *Jurado de concursos*: (artículo 323 TRLCSP): Se trata de un órgano que sustituye a la Mesa, cuando el contrato se adjudique por concurso de proyectos.

Se caracteriza este órgano por la incorporación al mismo de personalidades relevantes, hasta cinco, que actuarán con independencia y que serán los encargados de valorar a las propuestas que se presenten.

¹⁶⁶⁰ Cuando hablo de relación de servicio me refiero a que se encuentren vinculados a la Administración en virtud de un contrato de trabajo o de una relación funcional.

¹⁶⁶¹ En este caso la incorporación se articularía mediante un contrato administrativo de servicios. Aquí cabe recordar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 7ª, 18/7/2012, RC 5128/2008, dice que no cabe sustituir la valoración de la mesa por un asesoramiento externo.

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

A. Contenido y límites: .1) *Limitación, en cuanto, a los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.* 2) *Disposiciones específicas entorno a los derechos de propiedad intelectual e industrial.* 3) *Los contratos de servicios del sector de la defensa y la seguridad.* B. Comentario al artículo 304.4 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público. 1) *Introducción al problema.* 2) *Núcleo del problema.* 3) *Posiciones jurisprudenciales.* 4) *Situación de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público.* 5) *Perspectivas de futuro* C. Disposiciones específicas acerca de la determinación del precio. 1) *Consideraciones generales entorno al precio en el contrato de servicios.* 2. *Problemática que plantean los contratos en los que se produce un*

predominio de las prestaciones de carácter intelectual. Sobre la dificultad de cuantificar este tipo de prestaciones. D. Sobre la desaparición de la exigencia del informe de insuficiencia de medios. E. Duración del contrato de servicios. F. Particularidades del régimen jurídico de la contratación de actividades docentes. 1) Introducción. 2) Breve referencia a la evolución histórica de la duración del contrato de servicios en el ordenamiento jurídico español. 3) Situación de la cuestión con el TRLCSP. G. De las especialidades de los contratos de elaboración de proyectos. H. Especialidades o variantes del contrato del sector público de servicios: El contrato de gestión de autovías y la contratación de servicios de telecomunicaciones.

En el presente apartado del trabajo será objeto de análisis la Sección 1ª y la sección 6ª del Capítulo V del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Del resto de la regulación contenida en ese capítulo me ocuparé en otro lugar.

A. CONTENIDO Y LÍMITES:

1) Limitación, en cuanto, a los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos:

El legislador ha impuesto un importante límite material en la contratación de servicios, consistente en que no pueden ser objeto de contratación los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos¹⁶⁶². Este límite aparece recogido en el artículo 301.1 del TRLCSP en los términos indicados anteriormente¹⁶⁶³.

¹⁶⁶² Sobre este límite son interesantes las aportaciones que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 8/2009, de 3 de julio, que dice que: “Con carácter general, se puede considerar, por lo tanto, que estos preceptos establecen una limitación a la externalización de determinadas prestaciones, la cual puede tener su origen en el hecho de que las potestades públicas, por sus características, son inalienables, intransmisibles e irrenunciables por parte de su titular.”.

¹⁶⁶³ El artículo 301 de la Ley, dice que: “No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.”.

Creo que la limitación apuntada tiene que ser objeto de ciertas matizaciones, en particular, considero que no puede ser objeto de una interpretación amplia, debiendo permitirse la colaboración del contratista en la ejecución de la parte del contrato que no implique el ejercicio de autoridad¹⁶⁶⁴.

Se trataría de hacer una especie de despiece o división de las prestaciones que implica el servicio, viendo las partes que resultan irrenunciables para la Administración, y las partes que admiten colaboración del contratista. No creo que tenga sentido que por el hecho de que un servicio implique el ejercicio de autoridad, todas las prestaciones que es necesario ejecutar para prestar el servicio se vean sustraídas de la posibilidad de contratación, sino únicamente aquellas actividades que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos; además esta interpretación es más acorde con el derecho comunitario que regula la contratación pública, que desconoce una prohibición en ese sentido¹⁶⁶⁵.

A mi modesto entender habría sido más correcta la siguiente redacción:

“No podrán ser objeto de estos contratos, las prestaciones del contrato¹⁶⁶⁶, que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.”.

A tenor de lo que ha quedado expuesto, se puede decir que no tiene sentido considerar el servicio en bloque, limitando de esta manera innecesariamente las posibilidades de actuación de la Administración, en particular, la posibilidad de buscar una colaboración en el sector privado. Como ya ha quedado señalado esta interpretación encuentra su punto de

¹⁶⁶⁴ Informe 8/2009, de 3 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad Catalana, dice que: “Lo que tiene que permanecer en manos de la Administración y que, en definitiva, constituye ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, es la actividad jurídica, la toma de decisiones vinculantes o las funciones decisorias con indiscutibles efectos sobre la esfera de los ciudadanos que implican el ejercicio de la autoridad se referiría a potestades administrativas que se caracterizan porque suponen el ejercicio de decidir unilateralmente de forma abstracta (disposiciones) o, de forma específica (resoluciones), de manera que esta decisión produce efectos jurídicos obligatorios.”.

¹⁶⁶⁵ En ese sentido el artículo 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de servicios a los que se refiere el anexo II.....”.

¹⁶⁶⁶ Se introduce como se habrá podido apreciar un importante matiz, que supone hacer referencia al término prestación, lo que supone en definitiva que se produzca el mencionado desglose de prestaciones.

apoyo en la Directiva Comunitaria que desconoce el límite comentando, y no contradice las bases institucionales de nuestro derecho administrativo salvaguardando de esta manera el ejercicio de potestades públicas por la Administración.

2) Disposiciones específicas entorno a los derechos de la propiedad intelectual e industrial:

La regulación anterior no contenía ningún tipo de disposición acerca de la cesión de los derechos de la propiedad intelectual e industrial¹⁶⁶⁷ a la Administración que concertaba un contrato de servicios¹⁶⁶⁸, por ese motivo las previsiones entorno a estos derechos debían establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas¹⁶⁶⁹, existiendo escasas previsiones generales acerca del tema¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁷ Acerca de la finalidad de ambos tipos de derechos M^a.L. LLOBREGAT HURTADO, *Temas de propiedad industrial*, La Ley- actualidad, 1999, pág. 30, dice que: “En relación con la finalidad perseguida por los derechos de la propiedad industrial y el derecho de autor, si bien no podemos negar que los primeros son instrumentos para que las empresas puedan operar en un mercado que protege la libre competencia, el derecho de autor tiene por el contrario como finalidad esencial la protección y el fomento de la cultura.”.

¹⁶⁶⁸ El contrato de servicios es un tipo contractual especialmente propenso a implicar derechos de propiedad intelectual e industrial debido al tipo de prestaciones que implica el contrato.

¹⁶⁶⁹ S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho*..., op. cit. pág. 395, dice que: “Hay que insistir en el papel que desempeña el Pliego de cláusulas administrativas, en cuanto contiene la regulación de las relaciones contractuales entre el contratista y la Administración, y en el que la Administración puede establecer los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.”.

¹⁶⁷⁰ L. TOLIVAR ALAS y E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público*, Revista de Administración Pública número 176, 2008, dice que: “Así, uno de los problemas que en alguna ocasión se ha planteado es el referente a los derechos de propiedad intelectual e industrial, propios precisamente de los antiguos contratos de consultoría y asistencia- dado el carácter intelectual-, pues aunque lo normal será que este extremo se fije en el pliego de cláusulas particulares, lo cierto es que de no hacerse la norma anterior nada clarificada al respecto, y salvo de alguna mención recogida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, de 8 de marzo de 1972, podría suceder, y en alguna ocasión así ha sido, que el contratista pretendiese ser propietario de esos derechos, cuando lo lógico, como hoy lo reclama la Ley, es que sea la Administración contratante la que adquiera los mismos, o de otro modo incluso podría llegarse a situaciones paradójicas.”.

Esta situación, en cuanto a los derechos de la propiedad intelectual e industrial¹⁶⁷¹ ya había sido denunciada por la doctrina que más se había ocupado del estudio de este tipo contractual¹⁶⁷², puesto que si los pliegos no decían nada acerca de estos derechos se podría entender que no era posible la explotación de los mismos por parte de la Administración¹⁶⁷³.

Antes de comenzar con el análisis de las especialidades que presentan las dos propiedades especiales anunciadas (propiedad industrial y propiedad intelectual), procede advertir que nos enfrentamos a bienes inmateriales¹⁶⁷⁴, que precisan de un soporte exterior para materializarse o exteriorizarse, en este tipo de bienes se suele diferenciar entre un corpus mysticum (que sería la idea) y un corpus mechanicum (que permite el conocimiento del bien inmaterial)¹⁶⁷⁵.

Especial referencia a los derechos derivados de la propiedad intelectual: La propiedad intelectual se regula en el ordenamiento jurídico español por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual; se trata de una propiedad especial que está integrada por derechos que presentan

¹⁶⁷¹ Sobre la importancia que tiene la propiedad industrial en el momento actual, C. LÓPEZ- COZAR NAVARRO, *Patente cómo proteger los resultados de la innovación en la empresa*, Netbiblo, 2008, pág. 9, dice que: “En un entorno altamente cambiante como el actual, la innovación tecnológica se convierte en un recurso estratégico básico para las empresas. Si queremos ser más competitivos, enfrentamos a la incertidumbre en mercados cada vez más hostiles, una herramienta fundamental que nos puede ayudar en el desarrollo de nuevos productos y procesos.”.

¹⁶⁷² E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de*, op. cit. pág. 395, dice que: “El problema fundamental que se deriva de estos contratos es qué ocurre con los derechos de propiedad intelectual e industrial que surgen de los mismos, puesto que esta materia se regula generalmente por el Derecho Privado.”.

¹⁶⁷³ En este sentido el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual, exige para la explotación de los derechos derivados de la propiedad intelectual la autorización por parte del autor. Es cierto, cabría argumentar que la autorización que corresponde dar al autor de la obra, puede ser expresa o tácita y que nadie celebraría un contrato cuyo objeto se encuentra protegido por unos derechos que le hacen no aprovechable; por ese motivo podría argumentarse que en el caso de ausencia de previsión expresa acerca de los derechos de la propiedad intelectual en los pliegos el autor de la obra ha autorizado tácitamente su explotación. No obstante el consentimiento tácito suscita dudas e inseguridades.

¹⁶⁷⁴ M^a L. LLOBREGAT HURTADO, *Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho Español y Derecho Norteamericano*, Cedes Derecho privado, 1999, pág. 39, dice que: “La doctrina denomina bienes inmateriales a las realidades, que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos.”.

¹⁶⁷⁵ M^a L. LLOBREGAT HURTADO, *Aproximación al concepto de secreto...*, op. cit. pág. 39.

una naturaleza personal y derechos que presentan una naturaleza patrimonial¹⁶⁷⁶ por ese motivo la Ley de la Propiedad Intelectual habla de unos derechos morales de autor que son irrenunciables e inalienables¹⁶⁷⁷ (artículo 14 de la Ley de la Propiedad Intelectual); y de unos derechos de explotación, que son los que tienen un contenido patrimonial y sobre los cuales es posible la explotación, siendo susceptibles de cesión (artículo 17 de la Ley de la Propiedad Intelectual)¹⁶⁷⁸. En base a la exposición realizada acerca de los derechos de la propiedad intelectual, entiendo que el artículo 277.2 de la LCSP¹⁶⁷⁹ hace referencia a los derechos de explotación que son los únicos derechos de autor susceptibles de llevar aparejada la cesión de los mismos al amparo del artículo 301 de la Ley, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

¹⁶⁷⁶ El artículo 2 de la Ley de la Propiedad Intelectual dice que: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.”.

¹⁶⁷⁷ En este sentido la sección 1ª, del capítulo III, del título I, del libro I de la Ley de la Propiedad Intelectual lleva por rúbrica “Derecho moral”.

¹⁶⁷⁸ En este sentido la sección 2ª, del capítulo III, del título I, del libro I de la Ley de la Propiedad Intelectual lleva por rúbrica “Derechos de explotación”.

¹⁶⁷⁹ Debemos señalar que el auténtico precedente a este precepto lo encontramos en el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, págs. 129 y sig, que dice que: El resultado de toda obra de contenido intelectual como sus fases de desarrollo están protegidos por la vigente Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/ 1996, de 12 de abril, por las Directivas comunitarias y por los Tratados Internacionales. Así pues, la génesis de la obra, los proyectos, croquis, desarrollos de software, etc..., estaría protegidos por dicha legislación en todas las fases de la licitación pública.

La legislación de contratación pública no contiene regulación alguna al respecto y son los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que regulan esta cuestión en los contratos cuyo objeto es la entrega de cualquier tipo de obra susceptible de protección.

Generalmente, la regulación de los pliegos incluye cláusulas que transfieren la propiedad intelectual a la Administración en su totalidad con independencia del esquema de distribución que pudiera resultar, de acuerdo a la autoría que correspondiera a cada uno de los actores, según lo dispuesto en la legislación vigente de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, se observa que la adquisición no se refleja de forma independiente al proyecto que se contrata, a efectos de su posible valoración de forma diferenciada.

La exigencia de los pliegos de que el órgano de contratación adquiera todos los derechos de propiedad intelectual, puede estar ocasionando un coste adicional para el contratista, con su consecuente reflejo en el precio del contrato, además de poder ser un obstáculo a la capacidad de innovación del contratista que se basa en conocimientos adquiridos previamente.

Así pues, se considera recomendable establecer como criterio general que, en aquellos contratos de los que dimanen derechos de la propiedad intelectual, el esquema de asignación de aquella sea el establecido en la legislación de la propiedad intelectual. Las alteraciones a dicho principio, derivadas de las posibles necesidades de los órganos de contratación de adquirir dichos derechos, es conveniente que se establezcan de forma diferenciada en los pliegos de cláusulas particulares al objeto de su valoración independiente.”.

Referencia a los derechos derivados de la propiedad industrial¹⁶⁸⁰: Al igual que los derechos derivados de la propiedad intelectual presentan una serie de particularidades que hacen necesario un esfuerzo por delimitarlos, con el fin de esclarecer cuales de esos derechos se ven afectados por lo establecido en el artículo 301.2 de la Ley, ocurre lo mismo con los derechos derivados de la propiedad industrial¹⁶⁸¹.

La primera cuestión que es necesario tratar es la relativa a la delimitación del ámbito de los derechos de la propiedad industrial, de esta manera siguiendo al profesor SÁNCHEZ CALERO, Fernando, podemos decir acerca de las creaciones industriales que: “Las creaciones industriales son fruto de la actividad humana encaminada a resolver un problema técnico para satisfacer las necesidades de la Comunidad. En efecto, la invención implica la solución de un problema técnico susceptible de aplicación industrial¹⁶⁸².”. Continúa diciendo el autor citado que los derechos exclusivos sobre las creaciones industriales son de dos clases:

- Los que tienen por objeto creaciones de fondo, es decir, las invenciones, dentro de estos se incluyen a las patentes y a los modelos de utilidad.
- Los que tienen por objeto creaciones de forma de carácter ornamental, esto es, los modelos y dibujos industriales y artísticos.

El contrato de servicios es una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado, diferente de un suministro o de una obra, por otro lado, el contrato de suministros es aquel que tiene por objeto la compra, el

¹⁶⁸⁰ M^a L. LLOBREGAT HURTADO, *Temas de propiedad industrial*, La Ley- actualidad, pág. 25, dice que: “Tradicionalmente, la doctrina ha venido considerando que la propiedad industrial integra una categoría de derechos relacionados con la empresa, el empresario y su actividad. Esta categoría está integrada por los signos distintivos (marcas, nombres comerciales y rótulos del establecimiento), por las invenciones técnicas (patentes y modelos de utilidad), por las creaciones de forma (dibujos y modelos industriales), por las denominaciones de origen y por la represión de la competencia desleal...”.

¹⁶⁸¹ M^a L. LLOBREGAT HURTADO, *Aproximación al concepto de secreto empresarial en el Derecho Español y Derecho Norteamericano*, Cedecs Derecho privado, 1998, pág. 30, dice que la doctrina y la jurisprudencia dentro del secreto empresarial advierte dos modalidades que son el secreto industrial o de fabricación y el secreto comercial.

¹⁶⁸² F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil I*, vigésima segunda edición, Mc Graw Hill, 1998, pág. 137.

arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. En el caso de las creaciones de fondo, parece evidente que las mismas encajan perfectamente dentro del ámbito del contrato de servicios, por lo tanto las mismas sí que pueden contratarse haciendo uso de este tipo contractual; no ocurre lo mismo en caso de las creaciones de forma, toda vez que el resultado del trabajo es un bien mueble (un modelo o dibujo industrial o artístico), por ese motivo en este caso, este tipo de prestaciones entran dentro del objeto del contrato de suministro¹⁶⁸³.

Una vez acabadas las precisiones iniciales hay que tratar de analizar los derechos de patente y sobre los modelos de utilidad que son susceptibles de cederse y estar afectados por lo tanto por el artículo 301.2 del TRLCSP.

Acerca de la patente se puede decir que: “Se entiende por patente el derecho que garantiza al inventor el disfrute exclusivo de los resultados industriales de su propia invención como el título de propiedad industrial que a tal efecto se concede.”, dice SÁNCHEZ CALERO, F. que son requisitos esenciales de la invención para que sea patentable: su aplicación industrial, su novedad y que implique una actividad inventiva.. Al inventor corresponde la facultad de pedir la patente, dado que la facultad de pedir la patente se considera de tipo patrimonial, puede transferirla a un tercero, pero el inventor tiene derecho a ser mencionado como tal, tiene por lo tanto el conocido como derecho a la paternidad del invento, derecho de carácter personalísimo e intransferible¹⁶⁸⁴.

Por lo tanto en base al artículo 301.2 de la Ley, en el caso de las patentes, lo que se transmite a la Administración es el derecho de patente¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸³ El hecho de que lo determinante en el contrato de suministros es que el mismo recaiga sobre un bien mueble, ha sido puesto manifiesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros citamos los siguientes informes: Informe 21/1998, de 30 de junio: “La calificación de un contrato de compraventa de semovientes debe hacerse considerando que los semovientes son bienes muebles, por lo tanto se trataría de un contrato de suministro...”, también el Informe 51/1997, de 2 de marzo: “El contrato de construir un barco sanitario es de suministro de fabricación dada la naturaleza de bien mueble de su objeto. Se aplican por ello las normas del contrato de suministro y las generales y especiales del de obras que el órgano de contratación determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a la publicidad.”.

¹⁶⁸⁴ F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil I...*, op. cit. pág. 141.

¹⁶⁸⁵ Acerca del contenido del derecho de patente F. SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones de derecho mercantil I...*, op. cit. pág. 143, dice que: El titular obtiene un derecho de monopolio sobre el objeto de la

Acerca de los modelos de utilidad, el primer matiz que se debe introducir es el referente a su delimitación, se puede definir de la siguiente manera: "El modelo de utilidad es una modalidad a través de la cual se protegen invenciones que, siendo nuevas, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja práctica apreciable para su uso o fabricación", si bien es cierto que el modelo de utilidad recae sobre un bien mueble, lo que hace pensar que caiga en el ámbito del contrato de suministro, en puridad lo que se protege es la invención, no el bien, que en definitiva es el resultado de un trabajo, por ese motivo entiendo que cae en el ámbito del contrato de servicios. Por lo demás el modelo de utilidad confiere a su titular los mismos derechos que la patente, salvo su duración que será sólo de diez años. Por lo tanto en base al artículo 301.2, en el caso de los modelos de utilidad se transmiten a la Administración los mismos derechos que en el caso de la patente.

Por último, señalar que el régimen jurídico de las patentes y los modelos de utilidad lo debemos buscar en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, y en el Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley de Patentes.

3) Los contratos de servicios del sector de la defensa y la seguridad.

1. Introducción.

Sin lugar a la duda, en el ámbito de la contratación pública, el principal motor legislativo se encuentra actualmente en las instituciones comunitarias las cuales cada vez con más frecuencia dictan normas, que es necesario transponer posteriormente al ordenamiento jurídico interno.

En algunas ocasiones, el derecho comunitario ha provocado cambios significativos en instituciones que ya contaban con un gran arraigo¹⁶⁸⁶, o ha obligado a reinterpretar los

patente. El derecho de patente tiene una duración limitada en el tiempo (20 años improrrogables) y en el espacio (se extiende al territorio español), su titular asume la obligación de explotarla.

¹⁶⁸⁶ Se puede citar como ejemplo, todas las modificaciones legislativas que se han introducido en los últimos años sobre el régimen jurídico del ius variandi de la Administración, y que serán analizadas en otro lugar.

criterios de distinción entre los diferentes contratos administrativos¹⁶⁸⁷, impulsando cambios normativos y conceptuales en este sector del ordenamiento jurídico.

En el caso de los contratos públicos del ámbito de la defensa y de la seguridad, la cuestión es, en cierto modo diferente, ya que el legislador comunitario ha obligado a dictar una regulación de la materia, haciendo que aparezca un cuerpo normativo donde antes no existía. De esta manera, por el influjo de las instituciones comunitarias, ha aparecido una regulación nueva, añadiendo una mayor seguridad jurídica, a un sector de la contratación pública, como es el de los contratos de la defensa caracterizada por la parquedad regulatoria.

El atractivo comercial del mercado de los contratos de seguridad y defensa¹⁶⁸⁸, ha sido destacado en numerosas ocasiones por la Comisión Europea, justificando la creación de un mercado común en la materia, no sólo en aspectos comerciales, sino también como un factor estratégico para el desarrollo de la Política Europea de Seguridad y de Defensa¹⁶⁸⁹.

Los anteriores factores han impulsado la promulgación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por la entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por las que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. La transposición de la esa Directiva

¹⁶⁸⁷ En este sentido, recuérdese cómo se ha argumentado en otro lugar, que el derecho comunitario obliga a aplicar otro criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, diferente al tradicionalmente admitido en nuestro país.

¹⁶⁸⁸ De esta manera en el Libro Verde sobre los Contratos públicos de defensa, de 23 de septiembre de 2004, dice la Comisión que: “Los gastos de defensa de los Estados miembros constituyen una parte importante de los gastos públicos, aproximadamente 160.000 millones de euros para los 25 Estados miembros; una quinta parte se dedica a las compras de equipos militares...”. Por otro lado, en la Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa, de 17 de diciembre de 2006, señala que: “Los contratos públicos de defensa representan una gran parte de la contratación pública en la Unión Europea. Los presupuestos de defensa de los Estados miembros tomados en conjunto ascienden a unos 170.000 millones de euros, de los cuales, más de 80.000 millones corresponde a contratos públicos.”.

¹⁶⁸⁹ Libro Verde sobre los Contratos públicos de defensa, de 23 de septiembre de 2004 dice que: “La evolución hacia un mercado a escala europea es uno de los elementos clave para reforzar la competitividad de las industrias europeas, garantizar una mejor asignación de los recursos en materia de defensa y apoyar el desarrollo de las capacidades militares de la Unión en el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa.”.

se ha producido por medio de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Por supuesto, dentro de los diferentes tipos de contratos de defensa que son objeto de regulación, encontramos los contratos de servicios, cuya regulación es de especial interés para este trabajo.

2. Análisis de la regulación de los contratos públicos de servicios de seguridad y de defensa desde la óptica del derecho comunitario. Antecedentes y regulación actual.

Como antecedente más próximo de la regulación actual de la materia, cabe hacer una primera referencia al artículo 296.1 CE del Tratado, que dice que:

“a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad.

b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.”.

La excepción ya ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha optado por hacer una interpretación estricta de la misma, en concreto, ha señalado que¹⁶⁹⁰:

- Su utilización no constituye una reserva general y automática sino que debe justificarse individualmente. Los Estados pueden de este modo otorgar carácter secreto a la información que pudiera poner en peligro su seguridad, así como alegar una exención a las normas del mercado interior en materia de comercio de armamento, y han de evaluar, para cada contrato, si está cubierto o no por la excepción.
- La utilización de las medidas nacionales de excepción por los Estados, sólo se justifica si son necesarias para realizar el objetivo de protección de los intereses esenciales de seguridad alegados.

¹⁶⁹⁰ El resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo hemos encontrado en el Libro verde los contratos públicos de defensa de 23 de septiembre de 2004, que cita, entre otras la sentencia Johnston, asunto 222/84; o la sentencia Comisión contra España, asunto C-414/97.

-
- La carga de la prueba incumbe al Estado miembro que desee recurrir a las mismas.
 - Esta prueba deberá aportarse, si fuere necesario, a los jueces nacionales o bien, cuando proceda, al Tribunal de Justicia al que podría recurrir la Comisión en el ejercicio de su función de guardiana del Tratado.

No obstante todo lo anterior, siguen planteándose problemas de interpretación, en particular, es necesario destacar los siguientes¹⁶⁹¹:

- A falta de una interpretación precisa de estas disposiciones, se ha venido recurriendo casi sistemáticamente a esta excepción en lo que atañe a los contratos públicos. A pesar de las aclaraciones del Tribunal, el escaso número de publicaciones en el Diario Oficial de la Unión Europea deja entrever que algunos Estados miembros consideran que pueden recurrir a la excepción de manera automática.
- Dado que ni el Derecho comunitario ni la jurisprudencia del Tribunal han definido el concepto de interés esencial de seguridad, los Estados se reservan en la práctica un amplio margen de apreciación para determinar los contratos que pueden afectar a tal interés.
- Para circunscribir el ámbito de aplicación del artículo 296 CE, la lista de 1958¹⁶⁹² no constituye una base de referencia conveniente en la medida en que nunca se ha publicado oficialmente, ni se ha revisado con posterioridad.

Todo lo expuesto hace ver que nos encontramos ante especies de contratos en los que el ordenamiento jurídico reconoce a los países miembros un amplio margen de actuación, siendo difícil encontrar contratos que no se vean sometidos a la excepción del artículo 296.1.b del Tratado, razón que justifica sobradamente el establecimiento de una regulación

¹⁶⁹¹ Ha sido la propia Comisión quién en su Libro verde sobre los contratos públicos de defensa ha destacado los problemas interpretativos que ha suscitado la excepción, enumeración de problemas que es la que nosotros hemos reproducido en las líneas anteriores.

¹⁶⁹² De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 296 del Tratado el Consejo adoptó una lista en 1958 de los productos a los que se les aplicaría las disposiciones del apartado 1. Reproducimos por su interés el artículo 296.2 del Tratado que dice que: “El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.”.

que permita controlar el uso abusivo del precepto reproducido por los diferentes Estados. Dicho uso va en detrimento de la idea de llegar al establecimiento de un mercado común para los contratos de defensa.

La Comisión Europea ha hecho uso de una serie de instrumentos con el fin de clarificar la regulación de la materia, permitiendo establecer las bases para un futuro mercado común de los contratos del sector de la defensa y la seguridad, merece la pena destacar especialmente el *Libro Verde sobre los Contratos Públicos de Defensa*¹⁶⁹³ en el mismo la Comisión destaca como principales rasgos caracterizadores de este tipo de contratos su compartimentación¹⁶⁹⁴, el papel preponderante de los Estados¹⁶⁹⁵, la problemática que generan los imperativos de seguridad de los aprovisionamientos y confidencialidad¹⁶⁹⁶ y la complejidad de los programas de adquisición de armamento¹⁶⁹⁷.

Los anteriores esfuerzos han desembocado en la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

¹⁶⁹³ El Libro Verde sobre los Contratos de Defensa de 23 de abril de 2004.

¹⁶⁹⁴ Dice la Comisión que: “Si bien el total de los gastos militares de los Estados miembros es considerable, sigue habiendo una gran fragmentación a nivel de los contratos de tipo nacional, lo que plantea en la actualidad una gran fragmentación a nivel de los contratos de tipo nacional, lo plantea en la actualidad un grave problema para todos los Estados miembros con industrias de defensa. Tras las reducciones de los presupuestos y la reestructuración de las fuerzas armadas, el tamaño de los mercados nacionales- incluidos los de los grandes Estados- ya no es suficiente para alcanzar volúmenes de producción que permitan amortiguar los elevados costes de investigación y desarrollo de los sistemas de armas. Esta situación, así como la fragmentación de los esfuerzos de investigación y desarrollo en Europa, implica un coste excesivo para los contribuyentes y perjudica a la competitividad de la industria europea de defensa y su capacidad para responder a las necesidades de la PESD.”.

¹⁶⁹⁵ Dice la Comisión: “Como clientes exclusivos, los Estados determinan la demanda de los productos en función de unas necesidades militares vinculadas a sus objetivos estratégicos y definen así el tamaño de los contratos.”.

¹⁶⁹⁶ Dice la Comisión: “Los imperativos de defensa suponen que las fuentes de suministro estén garantizadas durante toda la vida de los programas de armamento, desde la concepción hasta la retirada del servicio de equipamiento, en tiempos de paz y en tiempos de guerra.”.

¹⁶⁹⁷ Dice que: “....Su volumen de producción es limitado y los riesgos de fracaso comercial hacen necesario también el apoyo de los Estados....Su ciclo de vida es largo: el periodo entre el surgimiento de la necesidad operativa y el final de vida de un sistema puede ser de 50 años.”.

El contrato de servicios se define en el artículo 1.5 de la siguiente manera:

““Contratos de servicios”: los contratos que no sean contratos de obras o de suministro relativos a la prestación de servicios.”.

Por otro lado, se continúa diferenciando los contratos de servicios, en función de que tengan o no un interés transfronterizo, estableciéndose dos regulaciones distintas, una más intensa (para los contratos incluidos en el anexo I), y otra que lo es menos para los contratos incluidos en el anexo II.

Como la Directiva 204/18/CE se preocupa exclusivamente de la preparación de adjudicación del contrato, no regulando, por lo tanto los efectos y la extinción.

Esta regulación comunitaria supone el punto de arranque de un marco normativo estable para todos los países miembros en la materia, sentando las bases para la creación de un mercado común de los contratos de seguridad y de defensa.

3. Análisis de la regulación de los contratos de servicios seguridad y de defensa en el derecho español.

Hasta la transposición de la Directiva reguladora de los Contratos de Defensa (que se ha hecho por medio de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, en adelante LCDS), estos contratos se encontraban marcados por la parquedad regulatoria, así únicamente el artículo 277 de la LCSP hacía una referencia a los mismos estableciendo una preferencia a favor de la LCSP, pero permitiendo la inaplicación de la misma por acuerdo de las partes¹⁶⁹⁸.

En primer lugar, se puede destacar que a diferencia de la LCSP la LCDS tiene por objeto regular únicamente los procedimientos de preparación y de adjudicación de los contratos (artículo 1.1.1º de la LCDS), esta decisión del legislador se encuentra alineada con la

¹⁶⁹⁸ El precedente remoto de este precepto lo encontramos en el artículo 11 del Decreto 1120/1977, La referencia a este precepto la hace el profesor A. ASIS ROIG, en su trabajo *La contratación administrativa en el extranjero*, en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas- Thomson, 2004, pág. 747.

normativa comunitaria, que como se ha visto regula únicamente esas dos fases de la contratación. No obstante, debe destacarse que la LCSP juega un papel supletorio con respecto a esta regulación (artículo 4 LCDS).

El legislador establece una serie de contratos que se encuentran incluidos dentro de su ámbito objetivo de aplicación, que son contratos de servicios, estos son (artículo 2 LCDS):

“1. Son contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto:

d) Obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados en las letras a), b) y c) anteriores para el conjunto de los elementos necesarios a lo largo de las posibles etapas sucesivas del ciclo de vida de los productos.

e) Obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles.

2. La investigación y el desarrollo se consideran servicios a los efectos de la aplicación de la presente Ley.”.

El legislador no se preocupa por definir el contrato de servicios, por lo tanto si queremos una definición legal del mismo deberíamos buscarla en el artículo 10 de la LCSP, que como se ha visto tiene carácter supletorio.

Al igual que el regulador comunitario la LCDS diferencia a los servicios encuadrándolos en dos anexos (anexo I y anexo II), teniendo la regulación distintos niveles de intensidad, en función del encuadre que dentro de las categorías que se establecen se haga del servicio (artículo 8 LCDS).

A modo de valoración final, tal y cómo ya señalé al inicio de esta breve exposición acerca de los contratos del sector de la defensa y la seguridad, hay que alabar la influencia comunitaria en este sector, que ha permitido el florecimiento de una regulación donde antes no existía, añadiendo brillo y seguridad jurídica a un sector tan importante de la actividad económica.

B. Comentario al artículo 304 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

1) Introducción al problema: Mediante el contrato de servicios los entes del sector público atienden a determinadas necesidades que se les plantean en su actuación, y que no pueden

cubrir con los recursos de los que disponen¹⁶⁹⁹. A lo largo de los años se ha ido produciendo un uso abusivo de este tipo contractual que ha suscitado una controversia con la regulación que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores¹⁷⁰⁰, en la medida en que para el caso de contratos laborales fraudulentos, la legislación laboral establece una sanción consistente en conceder al trabajador que se ve afectado por la cesión ilegal una doble opción, pudiendo elegir entre quedarse como trabajador fijo en cualquiera de las dos entidades que se ven implicadas en la contratación, esta circunstancia ha generado un debate acerca del choque que supone una medida como la comentada con los principios constitucionales que regulan el acceso a las Administraciones Públicas¹⁷⁰¹.

2) *Núcleo del problema*: El uso del contrato de servicios por los entes que componen el sector público es una posibilidad perfectamente amparada por el ordenamiento jurídico¹⁷⁰²,

¹⁶⁹⁹ Con el contrato de servicios se busca claramente un complemento a la actividad de la Administración, en este sentido, A. SELMA PEÑALVA, *¿Cuál es el cauce procedimental oportuno en la contratación administrativa? Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2006*, Aranzadi Social núm. 18/2006, 2006, dice que: "...la actividad contratada constituye claramente "un complemento a la labor de la Administración", expresamente admitida como objeto lícito de un contrato administrativo de servicios...".

¹⁷⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷⁰¹ R. ANDRÉS CAVERO y E. BAL FRANCÉS, *Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 296, 1997, dicen entorno a los principios constitucionales que regulan el acceso a la Administración pública, que: " El artículo 23 de la Constitución Española, después de establecer la posibilidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, establece en su párrafo segundo: " Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes"..... Más adelante, el artículo 103 del mismo texto indica: "La Ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.".... Esto nos sitúa en la órbita de tres principios rectores de los sistemas de acceso a la función pública, que son los de igualdad, mérito, capacidad, al que necesariamente ha de añadirse, pues va de suyo, el de publicidad y ausencia de secreto de todas las decisiones administrativas tendentes a posibilitar el acceso al servicio de las Administración, tal y como establece, como no podría ser de otra forma, el artículo 59.5.b de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

¹⁷⁰² Con respecto a la posibilidad de acudir al auxilio de otras empresas por parte de las empresas privadas, A. MONTOYA MELCAR, *Derecho del trabajo*, vigésima edición, tecnos, 1998, pág. 406 dice que: "Es frecuente que ciertas empresas requieran para su proceso productivo los servicios de otras empresas especializadas, que actúan en tal proceso como "auxiliares" de las primeras. Estas empresas auxiliares celebran con la empresa "principal" contratos civiles para cooperar en la ejecución de la obra o servicio, sea con suministro de materiales o sin él, y al tiempo aportan para la realización de la prestación convenida sus propios trabajadores. La contrata civil es una alternativa lícita a la contratación directa de trabajadores; una opción en favor de la descentralización productiva.....Esta participación de ambas empresas (la principal y la contratista) en el proceso productivo común aparece aludida en el artículo 42.1 ET, cuando exige que las obras

el problema surge cuando mediante el uso de este contrato se pretende incorporar personal a la Administración o a cualquier ente del Sector Público que haga funciones análogas al personal de plantilla¹⁷⁰³ suplantando a este personal¹⁷⁰⁴ o creando vínculos similares a los que se dan en una relación laboral¹⁷⁰⁵; en este caso opera el artículo 43 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante TRET, ofreciendo al trabajador la doble opción comentada. Es conveniente reproducir por su interés el artículo 43 del TRET, que dice que:

- “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan¹⁷⁰⁶.
2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores

o servicios contratados o subcontratados por la empresa principal han de corresponder a la “Propia actividad” de ésta.”.

¹⁷⁰³ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 31 de julio de 2001 por el que se resuelve la discrepancia. Distinción entre contratos administrativos y laborales. Contratos menores. Fraccionamiento del gasto. Imputación presupuestaria, dice que: “Los objetos de algunos contratos de consultoría, asistencia y servicios como los servicios de mecanografiado, tratamiento de textos, informática...son muy similares en su resultado a los que presta el personal funcionario o laboral de las propias administraciones; ahora bien, la diferencia jurídica es sensible: en unos supuestos la Administración contrata la prestación de servicios profesionales con una empresa en el sentido amplio a que se refiere la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo empresa organiza y dispone de los medios personales y materiales de la misma, y que por sus servicios factura un precio, en cambio, en la relación laboral o estatutaria existe una relación de dependencia, de propiedad del empresario de los bienes o servicios prestados, existe un salario y el sometimiento a una relación de ajeneidad, jornada, horario....”.

¹⁷⁰⁴ Cuando aludimos al personal de plantilla nos referimos tanto al personal que se vincula a la Administración por una relación funcional, como al personal que se vincula por un contrato de trabajo.

¹⁷⁰⁵ M. ALONSO OLEA, *Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las Administraciones Públicas*, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989, pág. 49, dice que: “Siendo esto así, en principio o, más bien, en construcción dogmática pura, todo receptor de servicios de cuyos frutos se apropia con la obligación asumida de remunerarlos, es un empresario.”.

¹⁷⁰⁶ Con respecto a la posibilidad de acudir los entes del sector público a empresas de trabajo temporal, debemos advertir que se trata de una posibilidad muy restringida por la Ley de Contratos, en este sentido merece la pena reproducir la Disposición adicional quinta de la LCSP, que dice que: “ 1. No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos. 2. En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.”.

y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.”.

La clave pues de la infracción hay que buscarla en la incorporación de personal a la plantilla propia del ente que concierne el contrato, haciendo uso del contrato de servicios¹⁷⁰⁷. En determinadas ocasiones debido a las características que presenta la prestación que se ha contratado resultará extremadamente difícil dilucidar si se ha producido o no el uso fraudulento del contrato de servicios en los términos comentados¹⁷⁰⁸. Pueden ser elementos que ayuden a determinar si se ha producido un uso fraudulento del contrato de servicios:

- La comprobación de a quien le corresponde la dirección de los trabajadores sobre los que se suscita la controversia¹⁷⁰⁹, si al ente del Sector Público o al contratista con el que

¹⁷⁰⁷ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 31 de julio de 2001 por el que se resuelve la discrepancia. Distinción entre contratos administrativos y laborales. Contratos menores. Fraccionamiento del gasto. Imputación presupuestaria, dice que: “No obstante lo anterior, las Administraciones Públicas deben evitar el incluir en la relación contractual administrativa condiciones propias de la relación jurídico laboral, tales como la duración de la jornada de trabajo, forma de realizar la jornada (a turnos, nocturno), regulación de descansos semanal, fiestas y permisos, vacaciones anuales, movilidad funcional y geográfica, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, y en definitiva todas aquellas propias de una relación jurídica de naturaleza laboral, puesto que en ocasiones los Tribunales han deducido un vínculo laboral para las Administraciones de los términos de un contrato administrativo.”.

¹⁷⁰⁸ La complejidad de dilucidar si se trata de un contrato de trabajo o de servicios ha sido puesta de manifiesto por A. V. SEMPERE NAVARRO y R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, *El personal laboral del sector público*, Aranzadi social, núm. 14/2007, 2007.

¹⁷⁰⁹ El criterio de la dirección efectiva de los trabajadores ha sido manejado ya por la legislación social para diferenciar entre el contrato de servicios y la contratación laboral, en este sentido, M. SERRANO ARGÜESO, *La confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores*, Aranzadi Social núm. 19/2001, 2001, dice que: “...Lo relevante es el objeto de la contrata, que los trabajadores estén sometidos a la dependencia de la organización y dirección del empresario contratista, aunque realicen el trabajo en el centro de trabajo del empresario contratante.”.

se ha concertado el contrato¹⁷¹⁰, esta primera característica es clave para determinar la existencia de un vínculo contractual¹⁷¹¹.

- Otro elemento de juicio podría ser que prestaciones iguales sean realizadas por personal de plantilla del ente público de que se trate, y por personal incorporado en virtud de un contrato de servicios, es decir que se produzca una coexistencia de personal con vínculos jurídicos distintos realizando las mismas funciones. Una situación como la que comentada podría llevar a una confusión del personal que presta el servicio, estableciendo una presunción a favor del fraude.
- Otro elemento que podría ayudar a dilucidar si se ha producido esa conducta fraudulenta consiste en averiguar si el personal incorporado, en base a un contrato de servicios, se ha integrado dentro de la estructura burocrática de la Administración o ente público de que se trate.

¹⁷¹⁰ No obstante debemos advertir que este elemento que acabamos de apuntar debe ser objeto de una interpretación prudente, cuando el contrato haya sido celebrado por un ente del Sector Público que tenga la consideración de Administración Pública, debido a que la Administración ostenta una potestad durante la ejecución del contrato que pueden confundirse con el criterio que apuntamos, esta potestad es la de dirección del contrato. La potestad de dirección es una potestad que se refiere a la ejecución del objeto del contrato que se ha concertado, y no propiamente a las derechos y obligaciones que surgen entre el trabajador y la empresa de servicios que ha celebrado el contrato; así le corresponderá a la empresa de la que dependa el trabajador concederle las vacaciones, los permisos retribuidos, las licencias, excedencias, sin que se produzca en este caso ningún tipo de intervención por parte de la Administración. El poder de dirección de la Administración afecta a los trabajos en qué consiste el contrato, si bien es cierto que este poder puede incidir en la prestación profesional de que se trate, pero se trataría de una incidencia tangencial. En relación con los contratos en los que se produzca un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, son interesantes las consideraciones realizadas por E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría...*, op. cit. págs. 464 y 465 que dice que: “De este modo, el poder de dirección de la Administración sobre las empresas consultoras no difiere en lo sustancial del que ejerce sobre sus propios funcionarios técnicos que realizan actividades de naturaleza profesional, respecto a ellos tiene plenas facultades para organizar funcionalmente las prestaciones, por medio de la delimitación de su extensión y contenido, pero no para condicionar el modo de utilización del arte o técnica propia, ni para prefijar el resultado de la actividad profesional.”

¹⁷¹¹ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El contrato de ejecución de obra*, Revista de política social, núm. 71, julio- septiembre 1966, dice que: “....A) arrendamiento de servicios. Contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio mediante precio. Tal arrendamiento puede, a su vez, ser: a) Con dependencia. Cuando quien se obliga a prestar el servicios se somete a la dirección de quien lo recibe, en cuanto al dónde, al cómo y al cuándo. Se denomina contrato de trabajo. b) Cuando aun prestando el servicio a otro existe autonomía respecto al modo de prestarlo. Se denomina arrendamiento de servicios civil....B) Arrendamiento de obra: Contrato por el que una de las partes se obliga personalmente a la ejecución de una obra que ingresa en el patrimonio de otro mediante un precio.”

Quisiera finalizar este punto advirtiéndolo que se acaban de apuntar presunciones que lo que hacen es orientar en la interpretación de la conducta fraudulenta¹⁷¹², pero en ningún caso pueden tomarse como un elemento de juicio concluyente, ya que nos encontramos ante una cuestión bastante compleja que es necesario abordar caso por caso¹⁷¹³.

3) *Posiciones jurisprudenciales*: El problema comentado a lo largo de estas últimas líneas no es un problema nuevo, sino que se ha venido suscitando a lo largo de varios años lo que ha provocado que hayan surgido diversas posiciones jurisprudenciales entorno al mismo, posiciones a las que se hará una breve referencia, con el fin de comprender mejor la cuestión que nos ocupa en este análisis. De esta manera, siguiendo al profesor BOLTARINA BOSCH, X. se pueden advertir la siguiente evolución jurisprudencial¹⁷¹⁴:

- Advierte el autor una primera etapa, que sería la comprendida entre la aprobación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En esta etapa, los tribunales, no distinguían entre Administración y empresa privada, y en base a ello, los tribunales aplicaban la legislación laboral de forma plena.
- La segunda fase, que el autor califica de prevalencia de los principios constitucionales sobre los de estabilidad laboral y que tiene su origen en la entrada en vigor de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública¹⁷¹⁵. Advierte el autor que en esta etapa

¹⁷¹² La utilización de la búsqueda de indicios para una operación como la comentada se ha destacado por M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *Una peculiar resolución sobre la cesión ilegal de trabajadores en el seno de una Administración Pública*, Aranzadi Social núm. 19/2001, 2001, dice que: “La problemática delimitación entre ambos negocios jurídicos, uno prohibido y el otro en principio, se basa en una prueba de indicios; en cómo se desenvuelve realmente la prestación laboral.”.

¹⁷¹³ Para discernir acerca de la existencia de un contrato civil de servicios o un contrato de trabajo, la jurisprudencia aconseja acudir a la prueba de las presunciones, así lo ha resaltado A. V. SEMPERE NAVARRO, *Calificación de los servicios jurídicos que presta un abogado de empresa: ¿relación laboral común o arrendamiento de servicios?.* Comentario a la STS de 3 de mayo de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 8/2006, Parte Comentario, 2006.

¹⁷¹⁴ X. BOLTARINA BOSCH, *Régimen de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*, Aranzadi Social, núm. 4/2002, 2002.

¹⁷¹⁵ X. BOLTARINA BOSCH, *Régimen de los...*, op. cit., dice sobre esta etapa que: “Esta doctrina judicial fue modulada a través de diversos pronunciamientos del extinto Tribunal Central de Trabajo y de algunos Tribunales Superiores de Justicia. Así las SSTCT de 11 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1988... condenaron a la Administración al abono de la indemnización prevista para los despidos improcedentes pero no así a la readmisión opcional.

se comienzan a producir pronunciamientos jurisprudenciales a favor de la aplicación de las normas del derecho del trabajo.

- La siguiente posición jurisprudencial se calificó como de los “incumplimientos especialmente cualificados en la contratación temporal”, se basaba, dice el autor, en los supuestos en los que una Administración incumpliera de forma sustancial la normativa laboral sobre la contratación temporal, el contrato se convertiría en fijo indefinido, pues en ese momento no había distinción en el uso de los términos. Sin embargo, si el incumplimiento era calificado de mera irregularidad, no daba lugar a la referida consideración.
- La siguiente posición jurisprudencial sobre ese tema ha sido la adoptada por el Tribunal Supremo, postulando la sumisión de la Administración Pública al Derecho del Trabajo sin excepciones, si bien ello no transformaba el vínculo laboral en funcionarial.
- El último criterio jurisprudencial empezó a alumbrarse a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, en la que el Tribunal Supremo se pronuncia en los siguientes términos:
1) Los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente y nulo se aplican íntegramente cuando el empresario es una Administración Pública. Los principios de igualdad, mérito y capacidad no obstan que pueda imponerse a una entidad pública la readmisión o la indemnización del trabajador despedido; 2) Sin embargo, ello no impide que tenga plena virtualidad el deber de la Administración Pública de someterse a los principios antes mencionados del acceso al empleo público. Se califica a los trabajadores así incorporados de “trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”, mientras que los que han superado el procedimiento de selección reglamentario como “trabajadores fijos de plantilla”.

La jurisprudencia anterior ha hecho que el personal incorporado en los términos comentados, sea calificado como “trabajadores indefinidos no fijos”, esto implica que la plaza que ocupa el trabajador indefinido no fijo puede ser objeto de convocatoria para la provisión mediante los sistemas legalmente previstos, y si el trabajador seleccionado es distinto del que mantenía la anterior condición de contrato indefinido no fijo, ello habilitará a la Administración para extinguir el vínculo laboral. Dice el autor que esta tesis del Tribunal Supremo ha sido mantenida y reiterada hasta el momento presente por

todo un conjunto de pronunciamientos que parecen conformar la que el autor califica como de tesis definitiva.

Se debe advertir que la evolución jurisprudencial se refiere a todo tipo de vinculaciones que se produzcan de personal con la Administración, y no sólo a las que tengan lugar en virtud de un contrato de servicios, no obstante la amplitud del ámbito de la jurisprudencia analizada resulta indudable que la misma afecta a los contratos de servicios que concierne la Administración.

4) Situación de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público:

Como se ha podido comprobar del análisis jurisprudencial comentado, el problema de la contratación fraudulenta por parte de los entes que integran el Sector Público tiene una fuerte raigambre histórica, problema que se ha intentado solucionar, por lo que respecta al contrato de servicios por la LCSP.

- *Intento de solución aportada por la LCSP:* El intento de solución al problema planteado se recoge en el artículo 277.4 de la LCSP (ahora artículo 301.4 TRLCSP), que dice que: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.”.
- *Dudas que plantea la nueva regulación:* El legislador al intentar buscar una solución al problema planteado alude a un momento concreto¹⁷¹⁶, que es el de la extinción del contrato de servicios, pero el TRET no establece un momento temporal determinado para que el trabajador pueda optar por hacer uso de lo establecido en ese cuerpo legal, permitiendo al trabajador plantear el recurso en cualquier momento de la vida del

¹⁷¹⁶ En relación con esta observación que se ha realizado, me gustaría destacar que el riesgo de la contratación fraudulenta, puede situarse en diferentes fases del contrato, no sólo en la de extinción del mismo. Así lo ha destacado el Tribunal de Cuentas en su Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de Sentencias Judiciales (BOE de 18 de enero de 2011), señala el Alto Tribunal que: “El riesgo puede situarse tanto en la fase de formalización del contrato, sobre todo si no se definen correctamente las prestaciones en los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas particulares, como en la ejecución si los responsables de los servicios no se ajustan a dichos pliegos o asumen funciones directivas sobre el personal de la empresa contratada, sin respetar el poder de dirección, que competen al empresario. De ambos riesgos y la forma de evitarlos se ocupó la Abogacía General del Estado en la citada Circular 2/2007.”.

vínculo contractual, no sólo en el momento de la extinción; por ese motivo entiendo que el citado precepto admite dos interpretaciones:

a) Hacer una *interpretación literal* del mismo lo que implicaría que la no consolidación únicamente afectaría a la fase de finalización del contrato pudiendo plantearse dudas en cualquier otro momento del vínculo contractual.

b) Hacer una *interpretación histórica y finalista del precepto*: La interpretación histórica tendría su apoyo en los trabajos de elaboración de la LCSP, en concreto en las enmiendas presentadas al proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, cabe destacar las enmiendas números 142¹⁷¹⁷ y 143¹⁷¹⁸, presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds; con las mismas se proponen redacciones alternativas con el fin de ofrecer una mayor seguridad jurídica. Como se puede comprobar del análisis de las dos enmiendas referenciadas, el objetivo esencial de las mismas es clarificar que la celebración de contratos de servicios en ningún caso podrá dar lugar a la creación de un vínculo contractual con el ente del Sector Público que haya celebrado el contrato. Valoro positivamente las enmiendas presentadas, lamentando profundamente que las mismas no hayan sido aceptadas ya que habría arrojado más luz sobre la cuestión analizada.

En cuanto a la interpretación finalista, cabe señalar que la finalidad del precepto comentado es evitar que mediante la celebración de un contrato de servicios, se puedan crear vínculos estables entre el contratista o el personal que forma parte de la plantilla del contratista y los entes del Sector Público; en cualquier fase o momento del contrato, no sólo en la fase finalización.

Por mi parte una vez advertidas las dos interpretaciones que creo que pueden producirse, debo señalar que me inclino por la segunda de ellas, ya que es la que mejor se ajusta a las

¹⁷¹⁷ La enmienda número 142, es de adición al artículo 277.3, proponiendo añadir un nuevo apartado corriendo la numeración, la redacción del nuevo apartado sería la siguiente: “3. Los contratos de servicios no podrán formalizarse si con ello se obliga al personal contratado a integrarse en el ámbito de la organización y dirección de las administración contratante.”.

¹⁷¹⁸ La enmienda número 143, es de adición al artículo 277.4, proponiendo añadir un nuevo apartado corriendo la numeración, la redacción del nuevo apartado sería la siguiente: “El otorgamiento de los contratos de servicios no podrá suponer la existencia de una relación funcional o laboral entre las partes que los concierten.”.

bases institucionales que regulan el acceso a la Administración y que se consagran en la Constitución Española de 1978¹⁷¹⁹; también me hace inclinarme por esta interpretación el hecho de que no tendría sentido considerar que el precepto se preocupa exclusivamente de la finalización del contrato, ya que parece claro que la voluntad del legislador ha sido atajar el problema de raíz, que quería dar una solución global al problema y no una solución parcial, aunque de la lectura del precepto comentado parezca lo contrario. Hay que recordar que al interpretar las normas jurídicas se debe realizar una labor de integración, que sirve para cubrir las deficiencias legislativas, parece claro que la labor del jurista tiene que ir más allá de la simple lectura de preceptos legales, esforzándose por buscar su auténtico sentido dentro del sistema que supone el ordenamiento jurídico.

- *Críticas a la solución adoptada:* Lo que parece evidente es que la redacción del artículo 301.4 de TRLCSP, no es todo lo afortunada que debiera, lo que conduce a realizar una serie de críticas:
 - En primer lugar, entiendo que hubiera sido preferible una redacción más clara que no suscitara los problemas de interpretación comentados. En este sentido, creo que son acertadas las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Iniciativa por Cataluña los Verdes.
 - También se advierten unas deficiencias de índole sistemática: Creo que el lugar donde debería hacerse hincapie a esta cuestión debería ser en el Estatuto Básico de la Función Pública que es donde se regula el sistema de acceso a la Administración Pública, debiendo hacerse, con el fin de dotar a la cuestión de una mayor claridad, una referencia expresa en esta norma al tema aludido. También considero que hubiera sido conveniente aludir al tema comentado excluyendo la aplicación del TRET¹⁷²⁰, la forma habría sido

¹⁷¹⁹ Ver los artículos 23 y 103 de la Constitución.

¹⁷²⁰ Esta solución no le es desconocida al legislador, en materia de contratos de servicios, ya que en la Disposición adicional quinta, apartado segundo de la LCSP se dice que, aludiendo a los contratos de servicios concertados con empresas de trabajo temporal: “ En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas, que procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/ 1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.....”. También podemos citar el artículo 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 que dice que: “1. En ningún caso el otorgamiento de un contrato para la

añadir una excepción al régimen general para el caso de los contratos concertados por los entes que integran el Sector Público¹⁷²¹.

5) *Perspectivas de futuro*: El análisis de la jurisprudencia posterior a la Ley de Contratos de 2007, y la evolución legislativa ulterior del problema conducen a concluir que no se ha llegado a atajar el problema, es más podría llegarse a afirmar que el citado precepto pasa inadvertido.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo 4919/2012, de 19 de junio de 2012¹⁷²², dictada en unificación de doctrina, analiza detenidamente el problema. La comentada sentencia es destacable, por dos motivos, el primero, es que enjuicia hechos que se encuentran bajo el imperio de la LCSP por lo que el Tribunal tiene ocasión de valorar la comentada novedad legislativa; y por otro, se dicta en unificación de doctrina. Pues bien, el Tribunal abunda en la teología del artículo 43 TRET, destacando que el mismo tiene por objeto evitar la precariedad asociada a la interposición¹⁷²³, admitiendo plenamente su aplicación al ámbito de las Administraciones públicas. En esa línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1270/2009, de 10 de marzo, Recurso 40/2009, recuerda que la acción del artículo 43 del TRET es una *acción constitutiva y compleja*, lo que implica que la misma debe ejercitarse mientras subsiste la cesión. Por otra lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1146/2008, de 31 de julio, dispone que en el caso de cesión

realización de trabajos específicos y concretos no habituales supondrá la existencia de una relación funcional o laboral entre la Administración y el contratista.”.

¹⁷²¹ Podría considerarse que esta especialidad es contraria al principio de igualdad; pero creemos que la misma se justifica en la especialidad misma que presentan los entes del sector público en cuanto al acceso a los mismos a prestar servicios, especialidades que establece la propia Constitución.

¹⁷²² En esta línea jurisprudencial se puede apuntar la Sentencia del Tribunal Superior del Justicia de Aragón 46/2008, de 28 de enero; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 102/2009, de 18 de febrero.

¹⁷²³ Así dice: “La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.”.

de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos, deben considerarse excepcionados de la aplicación del artículo 43 TRET, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los entes públicos.

En esa línea, se inscribe la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales (BOE de 18 de enero de 2011). En el citado documento el Tribunal de Cuentas analiza la problemática que la cesión ilegal de trabajadores plantea en el ámbito de las Administraciones Públicas, lo que no es sino más que una demostración de la falta de solución del problema que se ha comentado a lo largo de esta líneas. El documento se concluye formulando las siguientes propuestas:

- 1ª. Que se evite, tanto por los gestores de personal como por los responsables de la gestión de los servicios, el recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trata de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
- 2ª. Que por los órganos directivos de la función pública se valoren todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que para evitar incrementos de personal no se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.
- 3ª. Que el control del incremento de efectivos de la Administración se fundamente en análisis comparativos de las necesidades de los distintos servicios, a fin de que las restricciones se produzcan allí donde aquellos sean menores y no allí donde vengan exigidos por tareas cuya realización sea ineludible.
- 4ª. Que los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con precisión las prestaciones a realizar, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que

su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

5ª. Que los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa se abstengan de realizar, durante la ejecución de los contratos, acto alguno que, conforme a la interpretación que viene realizándose en sede judicial pueda conducir al reconocimiento de una situación de cesión ilegal, con las consecuencias que se anudan a este reconocimiento. En especial, deberá respetar, durante dicha ejecución, el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir las funciones directivas, señaladamente mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones, sobre el personal de la empresa contratada, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

6ª. Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter definitivo, como consecuencia de las irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, desemboque en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración.

7ª. Que la aplicación de las medidas que se adopten, se delimiten las responsabilidades de los distintos órganos con intervención en los procedimientos, exigiéndose las que procedan en caso de incumplimiento.

La utilización del artículo 43 TRET como mecanismo para el ingreso en las Administraciones públicas, no sólo afecta a los principios constitucionales que inspiran el acceso a la función pública; sino que afecta a los relativos a la estabilidad presupuestaria y control del gasto.

Como continuación, la Disposición adicional primera, del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, impone, en su párrafo primero, la obligación a todos los entes incluidos en el artículo 3.1 del TRLCSP de dictar unas instrucciones pertinentes para evitar actuaciones

que pudieran dar lugar al reconocimiento de una relación laboral, estas instrucciones deberían dictarse antes del 31 de diciembre de 2012¹⁷²⁴.

Por otro lado, el párrafo segundo de la citada disposición, cuantifica el salario a percibir por parte del trabajador que consolida su relación con la Administración, disponiendo que el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

Este último inciso es una muestra de la realidad en la que se encuentra la cuestión actualmente, así el legislador consciente del problema opta con parametrizar las retribuciones del personal que consolida su puesto en el sector público aplicando la tabla de retribuciones de la Administración; por otro lado, se trata de acotar la otra vertiente del problema (la presupuestaria) vinculando los efectos de la consolidación a los objetivos de estabilidad presupuestaria.

A modo de finalización, del presente apartado, cabe señalar que la Ley no ha sabido acotar el problema de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones públicas. Así, cuando este problema se plantee en la Administración el resultado no puede ser el mismo que el que se produce en cualquier empresa, debido a las bases institucionales diversas que tienen los entes del sector público y las empresas privadas. Eso no tiene porque suponer que la Administración salga indemne de una cesión ilegal, sino que el resultado de la misma debe ser distinto en el caso del sector público.

¹⁷²⁴ A modo de ejemplo cabe citar Instrucción de 21 de diciembre de 2012, de la Comisión Delegada del Gobierno de Adquisiciones e Inversiones de la Comunidad de La Rioja, por la que se establecen medidas para la correcta ejecución de los servicios que vayan a ser objeto de contratación.

C. Disposiciones específicas acerca de la determinación del precio del contrato.

1) Consideraciones generales entorno al precio en el contrato de servicios: Ya se han dedicado unas líneas en otra parte del presente trabajo al precio de los contratos¹⁷²⁵, ahora me propongo aludir a las disposiciones específicas relativas al precio de los contratos de servicios que recoge la Ley. Hay que acudir al artículo 302 del TRLCSP, que es el precepto que la Ley dedica a la determinación del precio¹⁷²⁶ en el contrato de servicios, el citado precepto dice que:

“En el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.”.

El precepto comentado reserva al pliego de cláusulas administrativas el establecimiento del sistema de determinación del precio del contrato, pudiendo elegir el órgano de contratación entre los diferentes sistemas de determinación que relata el artículo 302 de la Ley. Llama la atención que el legislador haya aludido a una serie de sistemas para la determinación del precio en el contrato de servicios, sin definirlos. Los motivos de esta ausencia de definición son posiblemente dos o bien reserva a un ulterior desarrollo reglamentario la definición de los citados modelos, o bien da por supuesto que los mismos gozan de un arraigo en la tradición jurídica española, no siendo necesaria su delimitación formal puesto que ya son conocidos por los operadores jurídicos. Sea por la razón que sea, lo cierto es que me siento obligado a tratar de arrojar luz sobre los sistemas de determinación del precio en el contrato de servicios, por ese motivo empiezo la exposición acerca de estos sistemas haciendo un encuadre sistemático de los mismos; distinguiendo entre unos sistemas preferentes, un sistema residual, el sistema de tarifas y los sistemas combinados.

¹⁷²⁵ Sobre la revisión de precios, el Informe 4/2003, de 12 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, dice que: “Por otra parte, es claro que los índices o fórmulas de revisión de precios han de ser objetivos y deben poder apearar tanto a favor como en contra de ambas partes.”.

¹⁷²⁶ Sobre el precio el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/1963, de 21 de diciembre, dice que: “...es necesario que el precio sea cierto y, in duda, sería nulo un contrato de suministro si el importe del mismo se expresase en términos vagos, de tal modo que no pueda llegarse a conocer, al tiempo de la formalización, el compromiso dinerario contraído por la Administración.”.

Lo heterogéneo de las prestaciones que puede comprender el contrato de servicios, es la razón que justifica la variedad de sistemas que hay para determinar el precio para este tipo contractual, y precisamente por esa circunstancia creo que cada uno de los sistemas es aplicable a un tipo de prestación distinta del contrato de servicios, o por lo menos que hay determinadas prestaciones del contrato de servicios cuyo precio se fija de una manera más adecuada utilizando uno u otro sistema.

1. Sistemas preferentes: Ya he señalado se ha optado por distinguir entre unos sistemas preferentes y otros sistemas diversos, la razón de la distinción la encuentro en la redacción del artículo 302 del TRLCSP, precepto del que se infiere esta clasificación ya que de su lectura resulta claro que el legislador ha fijado sus preferencias a favor de unos sistemas en detrimento de otros. Dentro de estos sistemas preferentes incluiríamos:

El sistema referido a componentes de la prestación: Este sistema implica que en la determinación del precio, se debe realizar una desagregación de los distintos componentes de la prestación que se contrata. Esta desagregación debe tener un nivel de detalle que permita calcular con precisión el precio del contrato, en este sistema de cálculo se debe realizar una visión individualizada de los componentes del contrato, a diferencia del resto de los sistemas en los que se produce una visión más global de las prestaciones.

Sistema de unidades de ejecución: Lo primero que hay que resaltar al abordar el análisis de este sistema, es que el mismo se asemeja al sistema civil de determinación del precio en el contrato de obra¹⁷²⁷ de piezas ejecutadas. Este sistema supondría dividir las prestaciones que implica el contrato, en unidades, las mismas han de tener una cierta autonomía o sustantividad propias que permitan individualizarlas dentro de la prestación global del contrato¹⁷²⁸ (en la jurisprudencia civil se habla gráficamente de contratos parciales, para

¹⁷²⁷ Ya son de sobra conocidas las analogías que existen entre los contratos civiles de obras y los contratos administrativos de servicios, y es precisamente por estas analogías por las que se justifica acudir a modo de ejemplo a los sistemas civiles de determinación del precio del contrato.

¹⁷²⁸ Resulta muy interesante, para el análisis de los sistemas de determinación del precio de los contratos de servicios la aportación de J. ORTEGA DOMÉNECH, en su libro *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Editorial Reus, pág. 232, cuando al aludir al sistema de piezas ejecutadas cita una Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1964 que lo define como “aquel contrato cuyo objeto se compone de diversas partes separadas e independientes entre sí”.

aludir a las distintas partes en las que se desagrega la prestación¹⁷²⁹). Creo que este sistema parece el más idóneo para los contratos de servicios que comprendan prestaciones complejas y variadas, o bien que se prolonguen en el tiempo permitiendo esa extensión temporal su división, este sistema sería también el adecuado para los contratos mixtos de servicios¹⁷³⁰.

Unidades de tiempo: El tiempo puede ser utilizado como elemento de medida del valor de las prestaciones¹⁷³¹. Este sistema de medida del valor de las prestaciones plantea un problema en los contratos en los que las prestaciones tienen un componente intelectual, el problema es que no se sabe lo que se tardará a priori en realizar el trabajo intelectual, afectando al requisito de la determinación del precio.

Sistema de tarifas: La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2005, dice que: “Tratándose de profesiones que figuran inscritos en una corporación profesional, la retribución o el precio de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas o como es el caso de los abogados, por “normas orientadoras de honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el

¹⁷²⁹ J. ORTEGA DOMÉNECH, *El contrato de obra...*, op. cit. pág. 233 dice que: “ Tal y como declara la SAP Zamora de 4 de julio de 1996, este tipo de contrato requiere como elemento constitutivo de su naturaleza, que “ las partes lo hayan previsto expresamente”, no suponiendo dicho pacto “ el cuarteamiento o fraccionamiento físico de la obra como unidad en fases o unidades de medida distintas, pero permitirá la contemplación diferenciada de una serie de contratos parciales de arrendamiento de obra, teniendo por objeto cada uno de ellos “ la realización de una pieza o unidad o clase de obra total.”. También la SAP Madrid, de 25 de mayo de 2004, dice que: “ En cuanto al contenido, la mencionada resolución declara “ este contrato exige como elemento constitutivo de su naturaleza que las partes lo hayan previsto expresamente, constituyéndose así esta previsión contractual expresa en un requisito determinante para la existencia de esta modalidad contractual y la aplicación consiguiente del artículo 1592 Cc.. Dicho pacto no supondrá de ordinario el fraccionamiento físico de la obra como unidad en fases o unidades de medida distintas, pero meced a él se permitirá la contemplación diferenciada, de manera tal que el único y global contrato de ejecución vendrá a disgregarse en una *serie de contratos parciales* de arrendamiento de obra, de forma que cada uno de ellos tendrá por objeto la realización de una pieza o unidad o clase de la obra total.

¹⁷³⁰ El término contratos mixtos de servicios alude a los contratos de servicios que contienen prestaciones de varios tipos de servicios. Esta terminología viene impulsada o la fomenta el propio legislador comunitario al establecer un doble listado de servicios, en función del interés transfronterizo de los mismos.

¹⁷³¹ Se puede medir el valor del trabajo de un arquitecto o de un abogado, por ejemplo.

coste de los servicios¹⁷³²”. Este sistema es posible utilizarlo en el caso de contratos en los que las prestaciones se encuentren cuantificadas por un sistema de tarifas¹⁷³³.

2. *Sistema residual, sistema de precio alzado*: Como ya se ha advertido el legislador ha optado por establecer un sistema residual para la fijación del precio del contrato de servicios¹⁷³⁴, este sistema es el sistema del tanto alzado al que se puede acudir únicamente cuando no sea posible o conveniente la descomposición de las prestaciones del contrato. Mediante este sistema se fija el precio del contrato de una manera alzada¹⁷³⁵, sin que se produzca ningún tipo de descomposición, como fácilmente se puede comprender este sistema es más sencillo, pero implica un riesgo ya que con el mismo no se impone al órgano de contratación un estudio minucioso del valor de las prestaciones del contrato, lo podría redundar en desviaciones en la fijación del precio; por ese motivo el legislador ha optado por configurarlo como un sistema residual.

3. *Combinación de sistemas*: Cualquiera que haya dedicado un tiempo a la lectura del presente trabajo, puede comprender que las prestaciones del contrato de servicios son de lo más heterogéneo, el legislador ha sido receptivo a esa complejidad estableciendo diferentes sistemas de determinación del precio, a los que pueden acudir los órganos de contratación, en función de la prestación que tengan programado concertar. La culminación a todo este entramado de sistemas la constituye la posibilidad de hacer un uso combinado de los mismos, posibilidad que ampara el artículo 302 del TRLCSP, de esta forma se ofrece una

¹⁷³² J. ORTEGA DOMENÉCH, *El contrato de obra...*, op. cit. pág. 209.

¹⁷³³ La tarifa ha de ser entendida en este contexto, como una tabla de precios fijada de una forma unitaria, es decir para prestaciones iguales se aplicará el mismo precio. Esta tabla de precios supone que exista una homogeneidad entre las prestaciones.

¹⁷³⁴ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit. pág. 405, nos recuerda que será con la reforma que se produjo en el año 1999, cuando se configure el sistema de precio alzado como un sistema residual, ya que anteriormente constituía la regla general.

¹⁷³⁵ J. ORTEGA DOMÉNECH, *El contrato de obra...*, op. cit. pág. 211 dice que: “ En palabras de las SSAP Alicante, 20 de septiembre de 2002 y de 13 de noviembre de 2003; Córdoba, 16 de julio de 2003; y Madrid, 4 de mayo de 2004 y 25 de mayo de 2004, como contrato “ a tanto alzado” se conoce aquella modalidad del arrendamiento de obra en el que la actividad a desplegar por el contratista comprende una o varias partes delimitadas de un proyecto o su totalidad, y cuyo precio que es único, alzado, se satisfará por el comitente en atención al producto la obra en su totalidad, como conjunto global. Y se caracteriza por la concurrencia de tres requisitos objetivos: a) La invariabilidad del precio. b) La existencia de un presupuesto cerrado. c) La asunción del riesgo por el contratista.”.

herramienta completa a los órganos encargados de la determinación del precio que en función del tipo de prestaciones que pretendan contratar pueden combinar los diferentes sistemas, se puede decir gráficamente que el legislador consciente de la heterogeneidad de las prestaciones del contrato de servicios ofrece a las unidades administrativas la posibilidad de crearse ellas mismas un traje a medida del contrato que plantean celebrar.

2) Problemática que plantean los contratos en los que se produce un predominio de las prestaciones de carácter intelectual. Sobre la dificultad de cuantificar este tipo de prestaciones:

Ya advertí al analizar la evolución histórica del contrato de servicios que el último paso que se ha dado en esa evolución ha sido la desaparición de los antiguos contratos de consultoría y asistencia, que eran en los que se producía un predominio de las prestaciones de carácter intelectual, si bien es cierto que esta figura contractual se ha visto subsumida dentro del actual contrato de servicios; por ese motivo se ha defendido que los contratos de servicios eran susceptibles de clasificarse en función de la primacía del componente intelectual de las prestaciones, se decía que el contrato de servicios tiene dos núcleos uno integrado por prestaciones intelectuales, y otro, compuesto por prestaciones materiales. Este tipo de trabajos plantean una tarea difícil que es la de su cuantificación¹⁷³⁶, las prestaciones del contrato de servicios que plantean un mayor problema a la hora de la fijación del precio son las que se produce un predominio del componente intelectual, por ese motivo trataré de ofrecer mi opinión sobre el sistema de fijación que les resulta más idóneo:

Por referencia a los componentes de la prestación: Este sistema debe descartarse porque es un sistema que se ha de aplicar a contratos simples, cuando la prestación es intelectual no se sabe de antemano los distintos componentes que la van a integrar, además el sistema de componentes es más adecuado para los contratos que implican prestaciones de carácter físico.

¹⁷³⁶ E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit. pág. 403, nos habla de la difícil tarea de cuantificar los trabajos intelectuales.

Por unidades de tiempo: Considero que este sistema debe descartarse por los motivos apuntados anteriormente, esto es con este sistema se plantea un problema en la determinación del precio del contrato, ya que es muy difícil saber cuánto se va a tardar en realizar una prestación intelectual con carácter previo a su realización (el artículo 87.1. del TRLCSP, exige que el precio del contrato sea determinado).

Por tarifas: Creo que este sistema de tarifas puede ser idóneo para los contratos que se concierten con profesionales liberales, no obstante debe advertirse que como se ha visto las tarifas tienen en algunos casos carácter orientativo.

Fijación a tanto alzado: Considero que a pesar de las críticas que he realizado anteriormente sobre este sistema de determinación del precio, el mismo podría ser el más adecuado para la determinación del precio en los contratos en los que se produzca el predominio de las prestaciones de carácter intelectual, debido a la interminación de la que adolecen este tipo de prestaciones, en este sentido cabe decir que resulta extremadamente difícil cuantificar una obra que nace del pensamiento humano, desglosándola o dividiéndola o tratando de buscar un sistema científico o cuasi matemático de determinación del precio de la misma¹⁷³⁷.

D) Sobre la desaparición de la exigencia del informe de insuficiencia de medios.

La legislación precedente, en concreto el artículo 202.1 del TRLCAP¹⁷³⁸ venía exigiendo la elaboración de un informe de insuficiencia de medios por parte del órgano que pretendía celebrar el contrato de servicios, con el mismo se buscaba una reflexión acerca de los

¹⁷³⁷ Así, nos preguntamos cuánto vale un proyecto de construcción de un edificio público elaborado por un arquitecto de prestigio; o cómo se cuantifica un dictamen jurídico elaborado por un abogado de reconocido prestigio; o la defensa en juicio de la Administración que se encargue a un letrado de acreditada solvencia. En los dos últimos casos el sistema de tarifas resultaría poco adecuado, ya que al tratarse de profesionales de reconocido prestigio sus honorarios serán superiores a los del resto de abogados, y si la Administración quiere hacerse con sus servicios deberá realizar una oferta que se ajuste a sus expectativas remuneratorias porque de lo contrario no conseguiría su colaboración.

¹⁷³⁸ El artículo 202.1 del TRLCAP decía que: “Al expediente contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato.”.

medios de los que disponía la Administración y la colaboración que se buscaba con el contrato por parte del órgano de contratación, de esta manera se obligaba a meditar y a argumentar sobre la conveniencia de celebrar el contrato programado.

Una de las novedades que ha introducido la LCSP (ahora TRLCSP) en la regulación del contrato de servicios, ha sido precisamente la desaparición del citado informe de insuficiencia de medios. TOLIVAR ALAS, L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. apuntan como motivo de la desaparición del citado informe la compleja estructura de la norma, y en base a la misma la dificultad de encuadrarlo sistemáticamente¹⁷³⁹, consideran estos dos autores que en cierto modo la desaparición del mencionado informe no se ha debido a una decisión consciente del legislador, sino a la dificultad de encuadre comentada.

No obstante lo anterior, y a la vista de los trabajos parlamentarios, no puedo compartir esa opinión debido a que una enmienda del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- Iniciativa por Cataluña los Verdes, proponía la inclusión de la exigencia del citado informe en el artículo 277 de la Ley (ahora artículo 301 del TRLCSP)¹⁷⁴⁰, por lo tanto esta exigencia sí que encontró encuadre sistemático y se vio rechazada conscientemente al debatir las enmiendas en el Congreso de los Diputados.

La importancia del citado informe ha sido destacada por TOLIVAR ALAS, Leopoldo y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, quienes consideran que el citado informe es una manifestación del principio de subsidiariedad que inspira estos contratos¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁹ L. TOLIVAR ALAS y E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aciertos y desaciertos...*, op. cit. pág. 65.

¹⁷⁴⁰ Enmienda núm. 144, de adición, se proponía añadir un nuevo apartado al artículo 277 de la Ley, este será el artículo 277.5 de la LCSP cuya redacción sería la siguiente: “ 5. Los órganos competentes en materia de personal de las Administraciones Públicas deberán justificar, independientemente del precio de la adjudicación del contrato, la imposibilidad de acometer las tareas objeto de la contratación administrativa con personal propio, por falta de adecuación o por no resultar conveniente la ampliación de medios personales y materiales con que cuenta la administración. Los contratos de servicios no podrán tener por objeto el desempeño de las tareas propias de los empleados públicos, entendidas éstas, como aquellas que se corresponden con los servicios que habitualmente deben ser prestados por las Administraciones Públicas.”; finalmente debemos señalar que esta enmienda se justificaba en la necesidad de dar una mayor seguridad jurídica.

¹⁷⁴¹ L. TOLIVAR ALAS y E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aciertos y desaciertos...*, op. cit. pág. 65, dicen que: “Así, la primera duda surge en relación con el personal de la Administración, fundamentalmente porque a través de estos contratos también se presta un servicio a la Administración y no directamente al ciudadano,

Las consecuencias de la ausencia de este informe han sido advertidas por TOLIVAR ALAS, L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., quienes señalan que una interpretación interesada de dicha supresión, podría llevar a entender que la Administración puede recurrir a este tipo de contratos aun teniendo personal suficiente y cualificado en su plantilla, lo que a su juicio supone un riesgo innecesario¹⁷⁴². Creo que la multiplicación de recursos apuntada estaría vetada por el ordenamiento jurídico, en concreto por el artículo 103.1 de la Constitución que establece entre los principios que inspiran la actuación de la Administración el de eficacia¹⁷⁴³, en base al mismo resultaría ineficaz la sugerida multiplicación de recursos.

No sería justo en mi exposición, si no señalara que no se ha eliminado toda reflexión cuando se celebra el contrato por parte de una Administración Pública, ya que si bien es cierto que ha desaparecido el informe de insuficiencia de medios, el legislador exige que se argumente y se motive la necesidad del contrato (artículo 109 del TRLCSP), debiendo contenerse en dicha motivación, entiendo buena parte de las previsiones del citado informe; debido a que cuando un órgano de contratación acude al contrato de servicios, lo hace porque no dispone de medios para hacer frente al trabajo de que se trate o porque no estima conveniente ampliar la plantilla de personal¹⁷⁴⁴, ya que como sabemos la duplicidad de medios va en contra del principio de eficacia.

Se debe finalizar la exposición acerca de la desaparición del informe de insuficiencia de medios valorando negativamente la supresión de esta exigencia, en tal sentido cabe

como ya se ha dicho; esto se debe a su carácter instrumental. La solución se encontraba hasta la reciente Ley en el principio de subsidiariedad que se recogía en el artículo 202 del TRLCAP, ya que era necesario incorporar al expediente un informe justificando debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliar los medios de los que dispone la Administración para cubrir esas necesidades.”.

¹⁷⁴² L. TOLIVAR ALAS y E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN *Aciertos y desaciertos...*, op. cit. págs. 65 y 66.

¹⁷⁴³ Debemos señalar que el principio de eficacia tiene una variante económica que conduce a que no se puedan duplicar innecesariamente los recursos de la Administración. De esta forma se puede comprobar cómo el principio constitucional de eficacia opera en diferentes planos, siendo precisamente uno de los mismos el presupuestario.

¹⁷⁴⁴ Los motivos por los que no se decide ampliar plantilla son diversos, pudiendo variar entre la necesidad de cubrir necesidades perentorias, u otros de un calado más trascendente como la necesidad de disminuir costes, o pasar el peso de determinada gestión al sector privado.

argumentar que el procedimiento administrativo¹⁷⁴⁵ no es solamente el cauce de producción formal de actos administrativos, sino también es un instrumento técnico que busca garantizar el acierto en las decisiones que toma la Administración¹⁷⁴⁶. Creo que la inclusión de dicho trámite, dentro del procedimiento de celebración del contrato de servicios, es adecuado ya que lejos de suponer una carga burocrática obliga al órgano que planea la celebración de un contrato de servicios a reflexionar acerca de los recursos de los que dispone y a argumentar la decisión de acudir al sector privado; no obstante no se ha eliminado toda reflexión¹⁷⁴⁷, aunque sería preferible una disposición específica para el contrato de servicios.

E) Duración del contrato de servicios.

e. 1) *Introducción:* El tema de la duración del contrato de servicios constituye una cuestión esencial, o si se prefiere, una piedra angular de la regulación del mismo¹⁷⁴⁸. Al establecer la duración del contrato de servicios el legislador ha de conjugar dos intereses contrapuestos, de un lado, debe garantizar la satisfacción del principio de concurrencia estableciendo unos plazos adecuados que permitan a los licitadores competir por la adjudicación del contrato,

¹⁷⁴⁵ Como sabemos la LCSP regula el procedimiento administrativo relativo a los contratos que concierne a la Administración, por lo tanto cuando hacemos referencia al procedimiento administrativo estamos aludiendo al procedimiento administrativo de contratación.

¹⁷⁴⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R., FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit. dicen acerca del procedimiento administrativo que: “El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo.”.

¹⁷⁴⁷ Es cierto que el artículo 93.1 de la LCSP establece la necesidad de motivar la necesidad del contrato, señalando que: “La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se inicia por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.”.

¹⁷⁴⁸ El carácter esencial de la duración del contrato ha sido puesto de manifiesto ya en nuestro derecho histórico, R. GIBERT, *El contrato de servicios ...*, op. cit., pág. 61 dice que: “El contrato de servicios es esencialmente un contrato de duración; se otorga por un tiempo durante el cual debe ejecutarse la prestación de aquéllos y que tiene en la mecánica de la relación un papel más importante que la prestación misma. Los servicios no carecen de interés, e incluso determinan, importantes modalidades, pero en un segundo término respecto al plazo. La perspectiva es totalmente inversa a la que se contempla en el contrato de obra.”.

ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho comunitario en materia de contratación pública¹⁷⁴⁹, el plazo no puede pues suponer una ventaja competitiva en la adjudicación de futuros contratos¹⁷⁵⁰; de otro lado, el legislador debe procurar que la duración del contrato sea adecuada para que la inversión resulte atractiva para el contratista y concurra a los procedimientos de licitación¹⁷⁵¹. A todo ello hay que añadir que el plazo que se establezca, dentro del arbitrio legal¹⁷⁵², debe ser adecuado para la satisfacción de los intereses generales¹⁷⁵³.

e. 2) Breve referencia a la evolución histórica de la duración de los contratos de servicios, en el ordenamiento español: Una vez planteado el núcleo del problema que supone la duración del contrato de servicios, hay que hacer una breve referencia a la evolución histórica de la cuestión.

¹⁷⁴⁹ En este sentido cabe aludir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008, asunto C- 454/06, en la que el Tribunal dice que: "... procede recordar que la práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Tal práctica puede tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. (a pesar de la consideración realizada, el Tribunal reconoce ulteriormente que: "No obstante, el derecho comunitario, en su estado actual, no prohíbe la celebración de los contratos públicos de servicios por tiempo indefinido").".

¹⁷⁵⁰ En este sentido el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, pág. 128, dice que: " Además, el establecimiento de límites temporales tan ajustados puede producir resultados contraproducentes en el plano de la competencia, dando ventajas desproporcionadas al operador ya establecido, que tiene una inversión ya amortizada, o a quien tiene ventajas de información acerca de la posible prórroga del contrato, constituyendo en tales casos una barrera frente a la entrada de nuevos competidores.".

¹⁷⁵¹ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, pág. 127, dice que: " Si bien razones evidentes hacen aconsejable limitar la duración máxima de este tipo de contratos, no es menos cierto que una limitación tan estricta de su duración inicial puede producir obstáculos para la contratación de aquellos servicios que exigen una fuerte inversión inicial por parte del adjudicatario, cuyo coste no puede ser recuperado en el plazo de duración inicial del contrato, así como para los contratos de consultoría y asistencia técnica vinculados a obras o servicios de larga duración.".

¹⁷⁵² Por arbitrio legal se entiende, en este caso, los márgenes con los que configura el plazo la LCSP.

¹⁷⁵³ J. RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, *La prórroga de los contratos administrativos: Aproximación general*, Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989, pág. 1079, dice que: "Es claro que la fijación de un determinado plazo o término en cualquier contrato administrativo obedece a razones de interés general.".

-
- Advertiríamos una primera etapa, en la que cabe citar el artículo 5 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, de regulación de los contratos de asistencia celebrados con empresas consultoras o de servicios; que establecía que estos contratos tendrían una duración anual, si bien podría preverse su modificación o prórroga por acuerdo entre las partes antes de la finalización del contrato. No obstante, el plazo podía ser superior al año en los contratos complementarios del contrato de obras o cuando la naturaleza de la prestación lo exigiera. Cabe señalar, que el artículo 5 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación de trabajos concretos y específicos no habituales se pronunciaba en términos semejantes.
 - La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, establecía una ampliación de los plazos de duración de estos contratos¹⁷⁵⁴, que podía tener una duración de cuatro años siendo posible que con las prórrogas alcanzaran los seis años¹⁷⁵⁵.
 - La Ley 53/ 1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/ 1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introdujo una nueva modificación, reduciendo los plazos de duración del contrato a dos años, siendo posible la prórroga, en cuyo caso podría llegar a los cuatro años¹⁷⁵⁶.
 - El siguiente paso se produce con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, cuyo artículo 61 añade un apartado 5, que afecta a los contratos de servicios de gestión de la

¹⁷⁵⁴ Recordamos que en aquel momento el actual contrato de servicios se dividía en tres tipos distintos que eran: el de servicios, el consultoría y asistencia y los trabajos específicos y concretos no habituales.

¹⁷⁵⁵ Durante la tramitación parlamentaria de esta Ley, se presentó una enmienda, por el Grupo Parlamentario vasco EAJ-PNV, por medio de la que se pretendía vincular estos contratos a las restricciones que establecían las normas presupuestarias; finalmente esta enmienda no prosperó.

¹⁷⁵⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, justifica la reducción de los plazos de la siguiente manera: “En primer lugar, introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa. Cabe destacar, en este sentido,...la reducción de la duración de los contratos... a dos años los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, con lo que se trata de favorecer la concurrencia en estos contratos...”.

información, estableciéndose para estos contratos un plazo de cuatro años, pudiendo llegar con las prórrogas a los seis¹⁷⁵⁷.

- Como antecedente próximo de la actual LCSP, encontramos el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, en el mismo se aboga por una flexibilización de la duración máxima de los contratos de servicios, que permita ajustar la duración de los contratos a las peculiaridades del servicio que se pretende contratar en cada caso¹⁷⁵⁸.

A modo de conclusión de la breve evolución legislativa realizada cabe resaltar que el tema de la duración del contrato de servicios ha estado marcada por la ausencia de un criterio legislativo claro sobre la cuestión, fluctuando entre la ampliación de los plazos y la reducción de los mismos, justificándose en ambos casos en la necesidad de garantizar la concurrencia.

La problemática que plantea el tema de la duración del contrato de servicios es debido, en gran parte, a una de las características que presenta este contrato y que ya ha sido puesta de manifiesto en este trabajo, que es el carácter heterogéneo de las prestaciones del mismo, esta heterogeneidad de las prestaciones dificulta el establecimiento de un régimen general aplicable a todos los contratos de servicios. Por ese motivo creo que la propuesta apuntada anteriormente de la Comisión de Expertos sobre la Situación de la Contratación Pública es correcta ya que una mayor flexibilidad en la duración del contrato permitiría atender a la heterogeneidad de las prestaciones que puede comprender.

¹⁷⁵⁷ El motivo de esta ampliación de los plazos para el tipo de contrato señalado, nos lo proporciona el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, pág. 128 donde se nos recuerda que este tipo de contratos requiere de fuertes inversiones iniciales de largo periodo de recuperación.

¹⁷⁵⁸ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, pág. 128, dice que: “ Parece por todo ello conveniente considerar los criterios de determinación de los plazos máximos de los contratos, flexibilizando su duración máxima con las garantías y cautelas necesarias, de orden presupuestario o de otros órdenes, y otorgando un mayor margen de discrecionalidad al órgano de contratación en atención a las circunstancias y peculiaridades de cada contrato.”.

e.3) Situación de la cuestión con el TRLCSP: Se encuadra el tema en dos apartados, uno que alude a las novedades; y otro, que haga referencia a los temas que no han cambiado, el objetivo de esta sistemática expositiva es doble, de uno se pretende resaltar las novedades que ha introducido la nueva regulación, y de otro se busca diferenciar claramente estas novedades para facilitar su comprensión.

Aspectos más destacables de la nueva regulación de la duración del contrato:

- La primera novedad que se advierte con la nueva regulación, es la ampliación, con carácter general, de los plazos de duración del contrato de servicios, que pasan de los dos a cuatro años con prórroga, a los cuatro a seis años con prórroga¹⁷⁵⁹. Esta ampliación se recoge en el artículo 303.1 del TRLCSP, que dice que:
“ 1. Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.”¹⁷⁶⁰.

La justificación de esta ampliación de los plazos de duración del contrato la encontramos en el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y

¹⁷⁵⁹ Esta duración era la prevista anteriormente para los contratos de servicios informáticos, debido a la reforma de 2001, ya comentada.

¹⁷⁶⁰ En base a este precepto para que se pueda producir la prórroga deben concurrir las siguientes circunstancias: 1) Debe haberse pactado expresamente, en el contrato; 2) tiene que existir mutuo acuerdo entre las partes; y, 3) Las prórrogas tienen dos límites temporales: no pueden superar conjunta o aisladamente, el plazo fijado originariamente; y no pueden exceder el contrato de seis años de duración. (A modo de ejemplo, para un contrato de un año de duración la prórroga no podrá ser superior al año, esto es al plazo fijado originariamente).

diagnóstico de la situación de la contratación pública¹⁷⁶¹, en el mismo se destaca que las inversiones iniciales fuertes que justificaron la ampliación para los contratos de servicios de gestión de sistemas de información y de determinados servicios de telecomunicaciones¹⁷⁶²; también era necesario que se hicieran para otros tipos de contratos de servicios, esa es la razón que justifica esta nueva ampliación general de los plazos de duración del contrato, mediante la misma se satisface, en materia de plazos, la heterogeneidad de las prestaciones del contrato de servicios.

- La segunda novedad, consiste en la posibilidad que la Ley reconoce de ampliar los plazos generales apuntados anteriormente, el precedente de esta medida ya ha sido apuntado anteriormente¹⁷⁶³, así como la razón que justifica una medida de este estilo que no es otra que la heterogeneidad de las prestaciones del contrato de servicios. Esta nueva previsión se recoge en el artículo 303. 1 in fine del TRLCSP, que dice que:

“....La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica para ciertas categorías.”.

El motivo que justifica esta previsión es la heterogeneidad de las prestaciones del contrato de servicios, ya comentada, la decisión de ampliación de los plazos generales debe fundamentarse en las razones ya apuntadas, de hacer atractiva al contratista la propuesta de contrato que le hace la Administración, garantizándole la recuperación de

¹⁷⁶¹ En la página 128 del citado informe se señala que: “ En atención a estas circunstancias, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió a cuatro y seis años respectivamente dichos plazos para los contratos de servicios para la gestión de los sistemas de información y de determinados servicios de telecomunicaciones. No obstante, se observa que no son sólo estos servicios los que requieren fuertes inversiones iniciales de largo periodo de recuperación y tampoco dichos plazos son suficientes para recuperar la inversión inicial en determinados contratos.”.

¹⁷⁶² Modificación introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social.

¹⁷⁶³ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, pág. 128, aconseja que: “ Parece por todo ello conveniente considerar los criterios de determinación de los plazos máximos de contratos, flexibilizando su duración máxima con las garantías y cautelas necesarias, de orden presupuestario o de otros órdenes, y otorgando un mayor margen de discrecionalidad al órgano de contratación en atención a las circunstancias y peculiaridades de cada contrato.”.

la inversión inicial que tiene que hacer para ejecutar el mismo; asimismo una medida como la apuntada debe ser compatible con el principio de concurrencia, no siendo posible que el contrato tenga una duración indefinida o excesiva que restrinja la competencia¹⁷⁶⁴, más allá de la necesidad de hacer atractiva la oferta del contrato para fomentar la concurrencia de licitadores, a los que se les garantice la recuperación de la inversión y la obtención de un beneficio.

Finalmente, señalar que el legislador ha previsto que esta ampliación de los plazos generales debe tener un carácter rigurosamente excepcional, siendo posible acordarla para un contrato singular, o para determinadas categorías de contratos.

- La tercera novedad advertida, en materia de duración del contrato de servicios, es la recoge el artículo 303.4 de la Ley, con respecto a los contratos de asistencia a la dirección de obra o la gestión integrada de proyectos, a los que se vincula su duración al contrato de obras, más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras. En este sentido el artículo 303. 4 del TRLCSP dice que:

“ 4. Los contratos de servicios que tengan por objeto la asistencia a la dirección de obra o la gestión integrada de proyectos tendrán una duración igual al contrato de obras al que están vinculados más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras.”.

No se entiende la razón de ser de esta especialidad toda vez que se trata de un contrato complementario¹⁷⁶⁵, al que le resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 303.2 de el TRLCSP con los mismos efectos¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁴ En este sentido debemos recordar la ya comentada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de junio de 2008, asunto C- 454/06, donde el Tribunal dice que: “... procede recordar que la práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Tal práctica puede tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.”.

¹⁷⁶⁵ La única justificación que hemos encontrado para adoptar una medida de este estilo, es la que se contiene en la enmienda núm. 100 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que proponiendo una redacción similar a la recogida en la Ley, la justifica de la siguiente manera: “ Aunque el apartado 2 del artículo 279 establece la regla general para los contratos regulados en este título que sean

Aspectos que no han sufrido variación, con el TRLCSP:

Se trataría de analizar de una manera separada o diferenciada los aspectos del contrato de servicios que no han variado con la nueva Ley.

- En primer lugar, hay que aludir a los contratos complementarios que aparecen recogidos en el artículo 303.2 de la Ley, que dice que:

“2. No obstante lo dispuesto anteriormente, los contratos regulados en este Título que sean complementarios de contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprenden trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación del contrato complementario a que se refiere este apartado quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato de obras.

Solamente tendrán el concepto de contratos complementarios aquellos cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal.”.

Consideramos que el precepto es lo suficientemente claro y no precisa de comentario alguno.

- En segundo lugar, hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 303.3 de la Ley que alude a los servicios de asistencia jurídica y judicial a la Administración. Este precepto individualiza dentro del variado abanico de prestaciones que puede comprender el contrato de servicios los servicios jurídicos, adoptando una medida lógica permitiendo que su duración sea la necesaria para la prestación del servicio.

En este sentido el artículo 303.3 del TRLCSP, dice que:

complementarios de los contratos de obras o de suministros puedan tener un plazo superior de vigencia, resulta aconsejable la incorporación de un nuevo apartado que atienda al supuesto de los contratos de servicios de asistencia a la dirección de obra y de gestión integrada de proyectos, dada la singularidad que en ellos concurre.”.

¹⁷⁶⁶ En este sentido cabe recordar la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, enmienda núm. 191, por medio de la que se proponía la supresión del apartado cuarto de este precepto.

“3. Los contratos de defensa jurídica y judicial de la Administración tendrán la duración precisa para atender adecuadamente a sus necesidades.”.

Nuevamente el legislador se preocupa por singularizar determinadas prestaciones del contrato de servicios, demostrando que se trata de una categoría heterogénea cuya diversidad debe ser atendida debidamente.

F) Particularidades del régimen jurídico de la contratación de actividades docentes.

Evolución histórica de la contratación de actividades docentes y situación actual: Si hay una prestación del contrato de servicios que evidencie de manera más clara, la inconsistencia dogmática que presenta esta modalidad contractual es la prestación que consiste en la contratación de actividades docentes.

- En un primer momento fueron concebidas como un contrato típico de trabajos específicos y concretos no habituales¹⁷⁶⁷ por la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 201 de la LCAP estaba dedicado a la regulación de las especialidades que presentaba esa figura contractual, sin que se aprecie ninguna variación con respecto a lo establecido en la regulación actual para la contratación de actividades docentes¹⁷⁶⁸. Se había creado por la Ley de Contratos de

¹⁷⁶⁷ El artículo 197. 4 de la LCAP, decía que: “4. Son contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales los que, no estando incluidos en los dos apartados anteriores, se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos.”.

¹⁷⁶⁸ El artículo 201 de la LCAP, decía que: “1. En ningún caso el otorgamiento de un contrato para la realización de trabajos específicos concretos no habituales supondrá la existencia de una relación funcional o laboral entre la Administración y el contratista.

2. En esta clase de contratos no podrá autorizarse la cesión.

3. En el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá establecerse el pago parcial anticipado previa constitución de garantía por parte del contratista.

4. Las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y formalización de los contratos de realización de trabajos específicos y concretos no habituales, cuando el trabajo a realizar consista en actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de las Administraciones.

Igualmente quedarán excluidos los seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad.

5. Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere el apartado anterior bastará la designación o nombramiento por autoridad competente.”.

1995 una modalidad contractual específica para atender a la realización de actividades docentes, modalidad que pudiera resultar excesiva en cuanto a lo restringido de su objeto¹⁷⁶⁹, y que en todo caso resultaba fácilmente confundible con el contrato de consultoría y asistencia, caracterizado por el predominio de las prestaciones intelectuales¹⁷⁷⁰.

- Debido a la confusión que se suscitaba entre el contrato de trabajos específicos y concretos no habituales y la figura del contrato de consultoría y asistencia por medio de la Ley 53/ 1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/ 1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas se acordó suprimir la figura del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales¹⁷⁷¹; no obstante se mantuvo el artículo 201 de la LCAP en términos similares a lo como se regulan las prestaciones docentes en la actualidad, pero ahora bajo la rúbrica de “Régimen de contratación de actividades docentes.”. A modo de pieza final en la exposición de este periodo cabe señalar que al desaparecer la figura de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Ley, y en base el componente intelectual, la contratación de actividades docentes pasó a formar parte de los contratos de consultoría y asistencia.
- Con el Real Decreto Legislativo 2/ 2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la situación se mantiene igual, es decir la contratación de actividades docentes tiene la consideración de contrato de consultoría y asistencia al que el legislador le dedica un artículo específico que es el artículo 200 del TRLCAP que se pronuncia en los mismos términos que actualmente.

¹⁷⁶⁹ Ya que prácticamente estaba prevista para la contratación de actividades docentes.

¹⁷⁷⁰ Así lo decía el artículo 197.2.b in fine de la LCAP que hablaba de: “Cualesquiera otros servicios directos o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual.”.

¹⁷⁷¹ La exposición de motivos de la Ley 53/ 1999, decía que: “En cuarto lugar, la Ley que ahora se promulga suprime ciertas figuras contractuales e introduce otras nuevas para satisfacer las necesidades de las Administraciones públicas, que la práctica ha puesto de relieve. Ante todo, en este sentido, hay que destacar la supresión del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, por razón de que la colaboración con profesionales que pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen han suscitado en la práctica de su aplicación concreta....”.

-
- Finalmente la unificación de tipos contractuales que opera la LCSP, en lo que al contrato de servicios se refiere, afecta a las prestaciones de la contratación de actividades docentes que pasa a ser un contrato de servicios al desaparecer la figura del contrato de consultoría y asistencia. Se continúa, por lo tanto, con la línea marcada por las leyes precedentes, dedicando un artículo a la contratación de actividades docentes.

2) Regulación actual: Siguiendo la tradición de las leyes precedentes, el TRLCSP ha decidido dedicar un artículo específico al régimen de la contratación de actividades docentes, en concreto el artículo 304 de la Ley.

Lo primero a destacar es que se trata de contrato de servicios, que presenta una serie de especialidades que se regulan en el artículo 304 de la Ley:

La primera especialidad que se advierte es que cuando las prestaciones del contrato sean realizadas por personas físicas, no se aplicarán las disposiciones de la Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato¹⁷⁷².

Así lo dice el artículo 304.1 de la Ley, que señala que:

“ 1. En los contratos regulados en este Título que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas, las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato.”.

La segunda cuestión es la relativa a la posibilidad de que se produzca pago anticipado, previa constitución de garantía, como dispone el artículo 304.2 de la Ley:

“2. En esta clase de contratos podrá establecerse el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por parte del contratista, sin que pueda autorizarse su cesión.”.

¹⁷⁷² Se evita de esta manera que el contratista deba estar clasificado o acreditar solvencia, que deban presentar oferta en dos sobres cerrados, etc..., en definitiva cuando se concierte el contrato con una persona física se reducen las formalidades.

La siguiente cuestión, que nos ocupa, es la relativa a la prohibición de cesión del contrato, esto es una consecuencia lógica de que se trate de un contrato *intuitus personae*; no obstante esta prohibición de cesión afecta, a mi entender, exclusivamente a los contratos de actividades docentes que la Administración suscriba con personas físicas, pero no a los que concierne con personas jurídicas ya que en estos sí que existirá un procedimiento de licitación¹⁷⁷³, y la selección del contratista pierde ese carácter personalísimo que tiene cuando el contrato se celebra con una persona física.

Finalmente, el artículo 304.3 de la Ley establece la forma de acreditar la existencia de este tipo de contratos, señalando que:

“3. Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere este artículo, bastará la designación o nombramiento por autoridad competente.”.

G) De las especialidades del contrato de elaboración de proyectos.

El TRLCSP dedica la Sección 6ª, del capítulo V, del título II del libro IV a la regulación de determinadas especialidades que presenta el contrato de ejecución íntegra de proyectos.

El legislador ha optado por atender las especialidades que presenta el contrato de elaboración íntegra de proyectos¹⁷⁷⁴, encuadrándolas en tres grupos distintos¹⁷⁷⁵: Uno, que hace referencia a la subsanación de errores y corrección de deficiencias, otro que establece

¹⁷⁷³ Recordemos que el artículo 304 de la Ley excluye las reglas de preparación y adjudicación del contrato cuando se celebre con personas físicas.

¹⁷⁷⁴ M.A GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato de...*, op. cit. pág. 254, dice que: “ Como sabemos, el contratista es responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan tanto para la Administración como para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato. Pues bien, una concreción de esa responsabilidad la encontramos en los contratos de consultoría y asistencia (ahora de servicios) que tengan por objeto la elaboración íntegra de un proyecto de obra. En efecto, el órgano de contratación deberá exigir la subsanación por parte del contratista de los defectos, incidencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le fueren imputables, otorgándole, a dicho efecto, el correspondiente plazo, el cual no excederá de dos meses.”.

¹⁷⁷⁵ Así, lo advierte también E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de...*, op. cit. pág. 478, cuando dice que: “Dichas peculiaridades se centran básicamente en tres aspectos: la subsanación de errores y corrección de deficiencias, el sistema indemnizatorio del contratista a la Administración por desvío del presupuesto de la ejecución y, finalmente, la responsabilidad por defectos o errores del proyecto.”.

un régimen de indemnizaciones; y finalmente, un último grupo, que regula la responsabilidad del contratista de proyectos de obras.

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, el contrato de servicios es una modalidad contractual en la que una de sus principales características es la heterogeneidad de las prestaciones que comprende, esto implica que resulte difícil dar un tratamiento uniforme a todas las prestaciones que pueden formar parte del contrato, por ese motivo a lo largo de la regulación que recoge el TRLCSP se advierten especialidades para determinados tipos de prestaciones del contrato que por razones diversas se justifica un tratamiento diferenciado del resto de prestaciones; este es el caso del contrato cuyo objeto consiste en la elaboración íntegra de proyectos de obras, donde se advierten un sistema de responsabilidades y de subsanación de errores y de deficiencias, así como de indemnizaciones cualificado, que camina al margen del régimen general del contrato de servicios.

Régimen de subsanación de errores y corrección de deficiencias: Este régimen es recogido en el artículo 310 del TRLCSP, en base al mismo el órgano de contratación tiene la obligación de exigir¹⁷⁷⁶ la subsanación de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole a tal efecto un plazo que no puede exceder de dos meses.

Si transcurrido el plazo indicado no se han corregido las deficiencias, la Administración, atendiendo a las circunstancias concurrentes¹⁷⁷⁷, puede optar entre la resolución del contrato¹⁷⁷⁸ o conceder un nuevo plazo¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁶ Decimos que el órgano de contratación tiene la obligación de exigir, debido a que el artículo 310.1 de la Ley utiliza el término “exigirá”, no dejando pues ningún margen a la discrecionalidad.

¹⁷⁷⁷ En este caso se exige una valoración por parte de la Administración, en la misma, podrán tenerse en cuenta factores como la complejidad de los trabajos encargados, o la conveniencia para los intereses públicos de resolver el contrato con las consecuencias que dicha resolución implica, en cuanto a los retrasos que se van a producir debido a que sería necesario licitar un nuevo contrato, para buscar a un contratista que se hiciera cargo de los trabajos que han quedado pendientes.

¹⁷⁷⁸ Si opta por la resolución del contrato procede la incautación de la garantía y la obligación del contratista de abonar una indemnización equivalente al 25 por ciento del precio del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 286.3 LCSP.

Si se produjera un nuevo incumplimiento procede la resolución del contrato con la obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado con pérdida de la garantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 310.5 de la Ley.

Finalmente, la Ley, concede al contratista la posibilidad de renunciar a la realización del proyecto, esta renuncia debe realizarse en cualquier momento antes de la concesión del último plazo, debiendo abonar una indemnización igual a la mitad del precio del contrato con pérdida de la garantía, así lo dice el artículo 310.6 del TRLCSP.

Régimen de indemnizaciones: La segunda especialidad que presenta el contrato de elaboración íntegra de proyectos de obras, alude al régimen de las indemnizaciones por desviación del presupuesto, que se regula en el artículo 311 del TRLCSP.

No se debe olvidar que el presupuesto de una obra tiene una gran transcendencia, especialmente en el caso de los contratos administrativos, toda vez que en base al presupuesto programado deben reservarse los oportunos créditos presupuestarios para acometer la obra proyectada, por ese motivo el legislador ha tratado de penalizar los errores en la elaboración del presupuesto; este sistema de responsabilidades serviría, como una especie de medida de fomento negativa, para compeler a los contratistas a afinar los presupuesto que presentan cuando elaboran un proyecto.

Cuando se produce una desviación en el presupuesto de ejecución de la obra, en más de un veinte por ciento de lo establecido en el proyecto, tanto por exceso como por defecto, siempre que la desviación sea imputable al contratista, se establece un sistema de indemnizaciones consistente en la minoración del precio del contrato de elaboración de proyecto, en función del porcentaje de desviación, hasta un máximo equivalente a la mitad del precio de aquél.

¹⁷⁷⁹ Para el caso de concederse un nuevo plazo este será por el tiempo improrrogable de un mes, incurriendo el contratista en una penalidad del 25 por ciento del precio del contrato; de conformidad con el artículo 286. 4 LCSP.

Con el fin de modular el sistema de indemnizaciones, el legislador establece un baremo en el artículo 311.2 de la Ley, el mismo pivota sobre la base del porcentaje de desviación, y es el siguiente:

- a. En el supuesto de que la desviación sea de más del 20 por ciento y menos del 30 por ciento, la indemnización correspondiente será del 30 por ciento del precio del contrato.
- b. En el supuesto de que la desviación sea de más del 30 por ciento y menos del 40 por ciento, la indemnización correspondiente será del 40 por ciento del precio del contrato.
- c. En el supuesto de que la desviación sea más del 40 por ciento, la indemnización correspondiente será del 50 por ciento del precio del contrato.

Finalmente el artículo 311.3 del TRLCSP, establece el plazo de un mes para que el contratista abone la indemnización correspondiente, plazo que comienza a computarse desde la notificación de la resolución correspondiente, que deberá adoptarse previa tramitación de expediente en el que debe darse audiencia al contratista.

Régimen jurídico de la responsabilidad por defectos o errores del proyecto: La última especialidad que se advierte con respecto al contrato de elaboración íntegra de proyectos, es la que hace referencia al régimen jurídico de la responsabilidad que se regula en el artículo 312 de la Ley, precepto que consta de dos apartados.

Con independencia del régimen de subsanación de errores y de indemnizaciones, el contratista debe responder de los daños de los que sea culpable y que cause a la Administración o a terceros.

El apartado segundo del precepto comentado establece un límite a la responsabilidad por daños causados consistente, en el cincuenta por ciento de los daños causados¹⁷⁸⁰, con un límite de cinco veces el precio pactado por el proyecto. El plazo para poder exigir la indemnización será de diez años contados desde la recepción del mismo por la Administración.

¹⁷⁸⁰ Hay que destacar que el abono de la correspondiente indemnización se comparte entre la Administración y el contratista, correspondiendo a la Administración el abono de la parte de la indemnización que no satisface el contratista.

H) Especialidades del contrato del sector público de servicios: El contrato de gestión de autovías y la contratación de servicios de telecomunicaciones.

La heterogeneidad de las prestaciones que comprende el contrato de servicios, llega a su máxima expresión con las dos modalidades contractuales cuyo análisis se propone en estas líneas, en estos casos la diversidad y la casuística que plantean las prestaciones de estos contratos hacen que la regulación contenida en la Ley se demuestre insuficiente, lo que provoca que se deban tratar normativamente determinadas especialidades de los contratos de servicios que tienen por objeto la gestión de autovías y los que tratan de servicios de telecomunicaciones.

Se podrá comprobar al analizar estas dos modalidades cuyo estudio se propone, el carácter contingente que presentan las figuras reguladas por el derecho administrativo, lo voluble que puede llegar a ser esta rama del ordenamiento jurídico claramente marcada por la motorización legislativa¹⁷⁸¹.

Por otro lado, se opta por un análisis compartimentado de las dos regulaciones, para lograr un mejor entendimiento de las mismas.

a) El contrato de servicios de gestión de autovías.

Introducción a la regulación legal: Como ya se ha visto en múltiples apartados del trabajo la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas incluyó dentro de la enumeración de los contratos administrativos típicos al contrato de servicios. Es precisamente bajo el imperio de esta Ley cuando nace la figura del contrato de servicios

¹⁷⁸¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Justicia y seguridad jurídica* ..., op. cit., pág. 48 que dice que: “Frente a lo que Maurice Hauriou llamaba aún, a comienzos de este siglo, la sage lenteur, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían creando en cuanto a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes códigos, Carl Schmitt pudo hablar ya en 1946 de la “legislación motorizada”. Ortega (individuo y organización, conferencia de Darmstaap) denunció igualmente en 1953 “legislación incontinente”...Se ha establecido, sigue diciendo “la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro desaparezca, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente, como el personaje de Kafka, reo de no sabe qué posibles delitos.”.

de gestión de autovías, creado por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social¹⁷⁸².

El contrato de servicios de gestión de autovías es concebido por el legislador como una modalidad específica del contrato de servicios¹⁷⁸³, así luce claramente de lo dispuesto en el artículo 60. Uno de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que dice que:

“Uno se considera como contrato de servicios de gestión de autovías una modalidad específica del contrato de servicios mediante la que la Administración adjudica al contratista la ejecución del conjunto de actuaciones necesarias para mantener dichas infraestructuras en condiciones óptimas de viabilidad, en los términos expresados en el pliego de prescripciones técnicas.

En particular, este contrato podrá comprender las actividades siguientes:

- a) La conservación de la infraestructura desde el momento de la entrada en vigor del contrato y durante toda la vigencia del mismo.
- b) La adecuación, reforma y modernización inicial de la infraestructura para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación del servicio.
- c) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles, en relación con los elementos de la infraestructura cuya vida útil sea inferior al plazo del contrato.”.

De la simple lectura del precepto transcrito, se advierte claramente que las prestaciones que comprende el tipo contractual aludido exceden de las propias del contrato de servicios¹⁷⁸⁴,

¹⁷⁸² BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999, rectificación BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2000. Se crea por el artículo 60 de la citada Ley.

¹⁷⁸³ Tiene que señalarse que todos los apartados del artículo 60 de la Ley 55/1999 de 29 de diciembre tienen la consideración de legislación básica, excepto el Siete. Sobre el ideal de la función legislativa resulta francamente ilustrativo B. PENDÁS GARCÍA, *Procedimiento legislativo y calidad de las leyes*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm.28, 1990, págs.16 y sig. dice que: “Siempre, como dijera Jeremy Bentham, indiscutible precursor de los estudios de Ciencia de la Legislación, con un planteamiento prudente, conservando la calma y la templanza, sin encender las pasiones propias ni irritar las ajenas; el jurista no debe —escribía hace dos siglos el ilustre autor inglés— crearse enemigos desesperados, sino conciliar, mirar por todos los intereses y contar a su favor con el tiempo, «químico que amalgama los contrarios y sedimenta todos los entusiasmos». Y así, concluye Bentham, podrá decir el jurisconsulto al soberano, al presentarle el Código de las leyes: «Señor, las leyes que os propongo no son un producto de mis caprichos y no contienen una sola disposición que no me haya parecido fundada en el principio de utilidad.» Hay, no obstante, y con ello despedimos al fundador de la escuela utilitarista, un ideal remoto, pero no imposible, de claras resonancias platónicas: «aquella alianza, que aún está por nacer, entre el poder que sanciona las leyes y la sabiduría que las justifica».”. También puede consultarse el simpático artículo publicado de T. R. FERNÁNDEZ, *Un curioso e ilustrativo ejemplo de la clamorosa y habitual incuria de nuestros legisladores*, Revista de Administración Pública, núm. 125, 1991, págs. 485 y sig..

haciendo que el mismo se aproxime a otros tipos contractuales con los que tal vez guarde unas mayores similitudes¹⁷⁸⁵ como serían los contratos de obras o de concesión de obra pública, o bien, incluso se podría pensar en un contrato mixto que comprendiera prestaciones de varios contratos típicos¹⁷⁸⁶.

A modo de reflexión inicial hay que lamentarse del carácter tan voluble que tiene el legislador español, ya que en el año 1995 alumbra una regulación para los contratos administrativos completa, uniforme, parece que meditada, la misma se pretende aplicar a todas las Administraciones¹⁷⁸⁷; y luego, tan sólo cuatro años después presenta una nueva Ley que introduce un tipo específico de prestación dentro del contrato de servicios¹⁷⁸⁸. Cualquiera que afronte lo que se acaba de exponer puede preguntarse ¿no se imaginaba (el legislador) en el año 1995 las necesidades que se pretenden solucionar en el año 1999?; ¿qué planificación se hace desde los centros directivos de los Ministerios de las normas

¹⁷⁸⁴ La valoración del exceso, en este apartado, se fundamenta en la legislación que se encontraba en vigor en aquél momento, constituida básicamente por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

¹⁷⁸⁵ La falta de armonía en la redacción, lo confuso de la forma en la que se configura el contrato constituye un atentado al principio de seguridad jurídica, que exige certidumbre y correcta redacción de las normas, en este sentido LÓPEZ OÑATE, *La certezza del diritto*, editorial Giuffrè, Milano, 1944, pag. 67 y sig., dice que: "...la oscuridad de la norma, sus lagunas, la falta de simplicidad, su inestabilidad, la multiplicidad de disposiciones, la dificultad y amplitud de los criterios afectan a la seguridad jurídica."

¹⁷⁸⁶ Los contratos típicos a refundir serían los de obras, suministro y servicios. Se plantea una crítica de índole sistemática, en este caso, ya que esta norma estaba llamada a integrarse dentro del sistema de la contratación pública, siendo necesario precisamente por razones sistemáticas que guarde coherencia con el sistema jurídico en el que se pretende acoplar la nueva Ley. Sobre la sistematica, se puede consultar C. VIVER PI SUNYER, *Técnica legislativa: estat de la Qüestió i balau (provisional) d'una década*, Revista Catalana de Derecho Público, nº20, pág. 20.

¹⁷⁸⁷ La importancia de la estabilidad de las normas jurídicas fue destacada ya por Adolfo Posada, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1923, págs. 85 y sig., dice que: "El Estado tiene su justificación racional y su explicación histórica en la necesidad de atender al establecimiento de un orden de derecho en un régimen de justicia: vive-y debe vivir- por y para el Derecho. Concebido el Derecho como condición formal de la vida racional, se elabora y se realiza en la esfera política mediante la construcción de la sociedad en un verdadero Estado jurídico."

¹⁷⁸⁸ Es contundente en este sentido B. PENDÁS GARCÍA, a quién cita J.M. BRETAL VÁZQUEZ, *La calidad de las leyes*, Revista española de derecho constitucional, núm. 31, pág. 256: "...la seguridad jurídica supone "menos leyes". A lo que se puede añadir que la seguridad jurídica exige meditación de las soluciones legislativas.

jurídicas que emanan de ellos¹⁷⁸⁹?; ¿para qué sirven las memorias de análisis del impacto normativo?, en definitiva, gran parte de la problemática que plantea la motorización legislativa se podría solucionar con una mejor planificación de las disposiciones legislativas¹⁷⁹⁰, todos los operadores jurídicos deben tener presente que una buena praxis legislativa redundaría en el principio de seguridad jurídica¹⁷⁹¹, la buena praxis pasaría por legislar bien, de una manera meditada y sosegada¹⁷⁹². Soy consciente de que este no es el lugar en el que analizar el fenómeno de la motorización legislativa, pero se trata de una realidad innegable, propia de nuestro tiempo y que afecta a todos los ámbitos de la actividad administrativa, incluido por lo tanto la contratación pública.

¹⁷⁸⁹ Entendiéndose que son los departamentos ministeriales los que elaboran los proyectos de Ley que se presentan en las cortes.

¹⁷⁹⁰ Sobre la importancia que tiene la seguridad jurídica para el derecho Recasen Siches, *Tratado general de filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, pág. 220, dice que: “y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido general del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el origen del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la “seguridad” en la vida social...”.

¹⁷⁹¹ Sobre el fenómeno de la motorización legislativa en nuestro tiempo, y la figura de las Leyes ómnibus (Ejemplo de las mismas son las leyes de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social), resultan esenciales las brillantes reflexiones que sobre la materia hace E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas...* op. cit. Sobre la valoración que el Tribunal Constitucional hace del principio de seguridad jurídica, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo que dice que: “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas.....Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no.... Provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas.”. Sobre las manifestaciones del principio de seguridad jurídica, J. LEGUINA VILLA, *Principios generales del derecho y constitución*, Revista de Administración Pública, nº 114, 1987, pág. 34, dice que: ...el principio de seguridad jurídica ha adquirido un triple dimensión en el devenir de la sociedad actual: en primer lugar, como conocimiento y certeza del Derecho positivo; en segundo lugar, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social; y finalmente, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias actuaciones o de las conductas de terceros.”.

¹⁷⁹² R. GÓMEZ FERRER RINCÓN, *Ideas, reflexiones y propuestas del grupo de expertos para la reforma de la administración pública*, Revista de Administración Pública núm. 165, pág. 278, dice condensando las reflexiones de Juan José Lavilla Rubira que: “Asimismo, propone considerar la posibilidad de adoptar medidas de carácter orgánico encaminadas a incrementar la calidad de las normas reglamentarias, como son la potenciación de las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos ministeriales y la creación, al menos en la Administración General del Estado y en las Administraciones autonómicas, de una Comisión de Técnica Normativa.”.

Análisis de las principales características que presenta la regulación del contrato de servicios de gestión de autovías: En primer lugar, debe advertirse que el tipo excede de las prestaciones propias de un contrato de servicios, aproximándose más a la regulación de otros tipos contractuales existentes en el momento en el que nace la figura analizada, esto no es sino más que una muestra de la inconsistencia dogmática que presenta el contrato de servicios en cualquier momento de su vida legislativa; no obstante, llama la atención que en este caso el fenómeno es inverso al que se ha podido analizar en otros lugares del trabajo, ya que hasta ahora la inconsistencia dogmática había sido una excusa para sustraer a la regulación del contrato de servicios prestaciones orientándolas hacia otras figuras jurídicas¹⁷⁹³. A pesar de todo es lamentable el desconocimiento con el que se maneja por el legislador el contrato de servicios, como se hace uso del mismo como una especie de cajón de sastre en el que todo cabe, unas veces ese cajón es muy pequeño, lo que hace que se busquen regulaciones alternativas; y otras es muy amplio, lo que provoca que se expanda.

Se puede destacar como novedad de bulto que la duración de este contrato puede sobrepasar ampliamente la de un contrato de servicios normal o tipo¹⁷⁹⁴.

Propuesta de nueva calificación jurídica del contrato de servicios de gestión de autovías. La mutación normativa: Ha quedado apuntado que la regulación que se hizo en el año 1999 del contrato de servicios de gestión de autovías planteaba dudas serias sobre su consistencia dogmática y calificación jurídica, esas dudas han ido aumentando con el paso del tiempo encontrando su punto culminante en la actualidad, debido a que esta figura amorfa que creó el legislador en el año 1999 parece que finalmente ha encontrado un molde jurídico que se le acomoda mejor, este molde es el que le ofrece el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, en adelante CPP (artículo 11 del TRLCSP).

Hasta ahora se ha podido observar el fenómeno de la motorización legislativa (principalmente mediante el análisis de la evolución histórica de la figura del contrato de

¹⁷⁹³ Merece la pena recordar las consideraciones que se han realizado en torno al uso abusivo de las subvenciones para amparar prestaciones propias del contrato de servicios. Ese manejo inadecuado hurta al contrato de servicios de su espacio vital, sumplantándolo por medio de una regulación paralela no destinada para ese fin.

¹⁷⁹⁴ Así lo dispone expresamente el artículo 60. Tres de Ley 55/1999, de 29 de diciembre.

servicios), ahora se asiste a otro fenómeno conexo con el anterior, como es el análisis de la forma en la que la legislación motorizada hace que cambie la calificación jurídica de un determinado contrato al surgir una regulación nueva que anula o hace cambiar la calificación de la regulación anterior. La forma correcta de orientar esta conclusión que se acaba de adelantar consistirá en exponer, por un lado, los motivos que hacen que se haya producido una recalificación del contrato; y por otro, el fundamento jurídico que hace que se llegue a defender el fenómeno de la recalificación de un contrato¹⁷⁹⁵.

Dentro de lo abierta que se encuentra la figura del contrato de colaboración público privada, interesa a esta argumentación destacar algunas de las notas definitorias que de esta figura hace el legislador, en concreto se destaca del artículo 11 de la Ley lo siguiente:

“1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:.....

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.¹⁷⁹⁶”.

Así que puede que en el año 1999, cuando se crea el contrato objeto de análisis, aparecía como un híbrido cuyo encuadre sistemático se antojaba complejo, ahora con la nueva Ley tiene un mejor acomodo en la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, ya que se está encargando a una entidad del sector privado, por un

¹⁷⁹⁵ Me he permitido la licencia de utilizar el término mutación, por la analogía que representa con el fenómeno de la mutación constitucional, que es definido, entre otros por J..A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo...*, op. cit., pág. 233, dice que: “Por mutación constitucional debe entenderse genéricamente, el fenómeno en virtud del cual tiene lugar una modificación del contenido normativo de los preceptos constitucionales producida de modo que, quedando intacto su texto lingüístico, se le atribuye una significación diversa de la originariamente querida por el legislador constituyente o de la generalmente aceptada en su aplicación práctica.”.

¹⁷⁹⁶ Debe significarse que la Ley 3/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha modificado la definición del contrato de colaboración público privada, si bien esa modificación no afecta en nada a la exposición que se hace en estas líneas. Ahora todas esas modificaciones se acogen en el Texto Refundido de la Ley.

periodo determinado que depende de las fórmulas de financiación que se prevean¹⁷⁹⁷, la realización de una actuación global e integrada que además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos relacionados con actuaciones de interés general, comprende la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, en este caso se pretende contratar la gestión integral de una autovía.

Por lo que ha sido necesario esperar al año 2007 para ver como la regulación del contrato de gestión de autovías ha encontrado un tipo que se ajusta a su morfología.

Se defiende, como principal conclusión, que se ha producido tras la aprobación y entrada en vigor de la LCSP (ahora TRLCSP) un fenómeno de recalificación jurídica del contrato de gestión de autovías, entendiendo que ahora no debe ser calificado como contrato de servicios, lo que implicaría que no debería buscarse su regulación en la que la Ley hace del contrato de servicios, sino que al ser un contrato de colaboración entre el sector público y el privado su regulación debe orientarse a la de este tipo.

El fenómeno comentado de la motorización legislativa presenta una arista menos conocida, que vendría perfilada por la influencia que ejercen las nuevas regulaciones sobre las ya existentes, se trataría de valorar el impacto que ejerce una nueva norma, impacto que puede ir más allá de la simple derogación tácita de la Ley posterior cambiando la manera de entenderla y aplicarla¹⁷⁹⁸. Esto es lo que ocurre en el supuesto comentado, en el que entiendo que la manera de configurar los contornos del contrato de colaboración público privada por la LCSP desplaza la calificación que la Ley 55/1999, de 29 de diciembre hacía

¹⁷⁹⁷ Los plazos tan generosos que se establecen para este tipo (veinte años), hacen pensar que la duración del contrato se pueda vincular con toda normalidad a la amortización de las inversiones que haga el contratista, Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 60. Tres y Cuatro.

¹⁷⁹⁸ X. O'CALLAGHAN, *Código civil comentado*, op. cit., pág. 15, cita una sentencia sobre la derogación tácita de las normas, dice que: "el artículo 2.2 del Código Civil, en su inciso primero, dispone que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, lo cual supone que las normas pueden ser derogadas expresa o tácitamente por otras posteriores de igual o superior rango, según así se disponga explícitamente o resulte la incompatibilidad de la nueva con la antigua regulación, bien total o parcialmente, según afecte a la integridad o a una parte de la legislación anterior." (29 septiembre 2005, rec. 1183/1999).

del contrato de servicios de gestión de autovías¹⁷⁹⁹, pasando a reunir ahora todas las notas definitorias propias de un contrato de colaboración entre el sector público y el privado¹⁸⁰⁰, considero que en este caso se ha producido una derogación tácita de la calificación del contrato, lo que provoca que ahora la regulación se aproxime a la que el TRLCSP hace del CPP.

Me atrevo a calificar el fenómeno expuesto con el nombre de cambio de calificación jurídica, ya que el mismo va más allá de la simple derogación tácita, debido a que la derogación provoca un cambio de calificación jurídica del contrato haciendo que la regulación cambie de orientación, mute hacia otro lugar diferente del contrato de servicios, que es el del CPP.

b) Especialidades de la contratación de servicios de telecomunicación.

Introducción al problema: Las características y la evolución del mercado de las telecomunicaciones¹⁸⁰¹ aconsejaron, en el ámbito de la Administración General del Estado¹⁸⁰², regular las especialidades que aconsejaba este tipo de contrato de servicios¹⁸⁰³.

¹⁷⁹⁹ Calificación que como se ha podido ver por otro lado planteaba, ya en el momento en el que se dictó la norma serias dudas sobre su acierto.

¹⁸⁰⁰ A. PEÑA OCHOA, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008, pág. 93 dice que: “Vino después la regulación del contrato de servicios de gestión de autovías, introducido por el artículo 60 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, pese a su calificación como contrato de servicios, incorporaba entre sus posibles objetos prestaciones que tradicionalmente se subsumían en el contrato de obras, como las relativas a la reparación inicial de la infraestructura sobre la que se presta el servicio e, incluso, las actuaciones de reposición y gran reparación posteriores, lo que da idea de contrato con plúrimas prestaciones o complejo, característica esta que siempre acompañaba al CPP.”.

¹⁸⁰¹ En el preámbulo del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación se justifica su promulgación en la nueva regulación que se ha introducido en el mercado de las telecomunicaciones, dice que: “Esta nueva configuración normativa del mercado permite a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, y especialmente a las empresas y corporaciones, disponer de múltiples ofertas, flexibles y personalizables, adaptadas a las necesidades y requerimientos técnicos y de servicio que existan en el momento, y en unas condiciones de precio y de calidad que son, en líneas generales cada vez más ventajosas.”.

Ante la nueva regulación del sector de las comunicaciones la Administración decide orientarse, prepararse para hacer frente a la nueva regulación, de tal forma que se adjudiquen contratos que aprovechen al máximo las posibilidades que ofrece la nueva regulación, tanto en lo que se refiere a calidad del servicio, como a los costes del mismo.

Por otra parte, el Reglamento impone un objetivo o meta a la Administración a medio plazo consistente en la implantación gradual de un sistema de contratación centralizada ¹⁸⁰⁴.

Análisis de la regulación contenida en el reglamento comentado: El Real Decreto comentado incluye una serie de previsiones relativas a la tramitación del contrato como la preferencia de la división en lotes (artículo 5 ¹⁸⁰⁵), previsiones para garantizar la calidad del

¹⁸⁰² El artículo 2 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, delimita el ámbito subjetivo de aplicación diciendo que: “Se regirá por las normas establecidas en este Real Decreto la contratación de todos los servicios de telecomunicaciones correspondientes a: a) Órganos de la Administración General del Estado. b) Organismos públicos de la Administración General del Estado, en la medida que estén sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio. c) Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.”.

¹⁸⁰³ Se trata de un contrato incluido en la categoría V del anexo II de la LCSP.

¹⁸⁰⁴ En el preámbulo del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, en el preámbulo del citado reglamento se señala que: “Parece lógico, por tanto, incorporar a este Real Decreto, como objetivo a medio plazo, la implantación gradual de un sistema de contratación centralizada basado en concursos de determinación de tipo o en Acuerdos marco operativo para los servicios de comunicaciones disponibles habitualmente en el mercado, con los elementos de flexibilidad que sean necesarios para garantizar una adaptación continua a las variaciones tecnológicas y las que éstas induzcan en el mercado.”.

¹⁸⁰⁵ El artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, dice que: “El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes, separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan”.

servicio (artículo 6¹⁸⁰⁶), la adaptación del contrato por causas técnicas (artículo 7¹⁸⁰⁷), también se incluye la planificación en la materia (artículo 13¹⁸⁰⁸).

No obstante todo lo anterior, la mayor parte de las estipulaciones comentadas no constituyen una novedad propiamente dicha, sino que más bien debe entenderse como recomendaciones u obligaciones que se les imponen a los órganos de contratación a la hora de estipular el pliego. Si que merece la pena aludir a determinadas novedades que han sido preludio de otras que ulteriormente se han recogido en la Ley, en particular se destacan dos:

- Se alude en el reglamento a la figura de los acuerdos marco, que como se sabe constituye una de las novedades de la LCSP (ahora TRLCSP). Es cierto que no se define la figura, sino que simplemente se alude a la misma en el preámbulo del reglamento, si bien se puede advertir el sentido o finalidad con la que la crea el legislador.
- Por otro lado, el reglamento crea la figura del director de los trabajos, trabajo que puede encomendarse a una empresa mediante un contrato de servicios (artículo 8). La figura y parte de las funciones del director de los trabajos pueden identificarse con las que tiene actualmente el responsable del contrato.

A modo de conclusión o valoración definitiva cabe señalar que el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo presenta como nota más interesante el hecho de que algunas de las figuras contenidas en el mismo son preludio de algunas de las novedades contenidas en el

¹⁸⁰⁶ El artículo 6 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, dice que: “El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá establecer la obligatoriedad de garantizar la calidad de los servicios durante la vigencia del contrato, de acuerdo con los criterios de prestación, rendimiento y control del mismo que al efecto se establezcan en el pliego de prescripciones técnicas....”.

¹⁸⁰⁷ El artículo 6 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, dice que: “Podrán establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares las previsiones que permitan la adaptación de las prestaciones del contrato a la posible variación de sus condiciones iniciales por causas técnicas, económicas, o de las necesidades del usuario, todo sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en relación con la modificación de los contratos.”.

¹⁸⁰⁸ Se fija a los Departamentos ministeriales la obligación de elaborar un Plan Director de Telecomunicaciones.

TRLCSP, siendo precisamente este su principal valor como antecedente normativo próximo.

Conclusión o valoración global de los dos tipos analizados: Los dos tipos de contratos analizados en este apartado son una muestra de la realidad normativa de nuestro país, de la forma en la que se interviene normativamente en el sector de la contratación pública. Por medio del primero, se crea una figura ad hoc que se califica arbitrariamente como de servicios para satisfacer una necesidad que ya existía en el año en el que se promulgó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto produce tras la aprobación de el TRLCSP una mutación normativa. El fenómeno del cambio normativo debe ser entendido como propio de nuestro tiempo, consecuencia irremediable de la motorización legislativa. Por otra parte, el reglamento que regula la contratación de servicios de comunicaciones también es consecuencia de los cambios legislativos que han provocado la necesidad de hacer adaptaciones a la nueva normativa.

CAPÍTULO V

LA VIDA DEL CONTRATO DE SERVICIOS.

A. Prerrogativas de la Administración durante la ejecución del contrato. 1. Consideraciones generales sobre las prerrogativas de la administración en el contrato administrativo. 2) Potestad de interpretación del contrato. 3) Potestad de modificación del contrato: 3.1. Introducción. 3.2. Análisis del régimen del ius variando. 3.3. Especialidades que presenta la modificación en el caso del contrato de servicios. 3.4. Consideraciones sobre la influencia del derecho comunitario sobre el ius variando. 4. Potestad de dirección.

5. Potestad de Inspección del contrato 6. Potestad de resolución del contrato. **B. Ejecución del contrato de servicios.** 1. Ejecución defectuosa y demora. 2. Fragmentos de la ejecución. **C. Cesión y subcontratación. Extinción del contrato.**

En este epígrafe que se ha titulado de una manera tan expresiva, pretendo abordar todas la vicisitudes por las que puede atravesar el contrato de servicios a lo largo de su existencia, desde que nace hasta que se extingue. No debemos olvidarnos que mediante el contrato de servicios se crea un vínculo entre el ente del Sector Público que lo concierta y el contratista, vínculo que esta avocado a tener una duración determinada en el tiempo, pudiendo surgir incidencias de lo más variopinto a lo largo de su vida. Además el contrato una vez ejecutado o por otras razones que se apuntarán queda extinguido, siendo necesario analizar las diferentes formas de finalización del vínculo contractual que ha surgido entre el ente del Sector Público y el adjudicatario del contrato.

Aún a riesgo de que se me acuse de ser excesivamente reduccionista a la hora de abordar el tema de la vida del contrato, he optado por subdividir este epígrafe en cinco apartados diferentes, que serían los siguientes:

A. El primer apartado lo dedicaré a una parte de los contratos del Sector Público, en concreto, a los que conciertan los entes que tienen la consideración de Administración pública, este apartado es el de las prerrogativas de las que dispone la Administración, si bien es cierto que de este epígrafe he extraído la prerrogativa de resolver el contrato de la que me ocuparé al tratar de la finalización del mismo.

B. Considero que la siguiente fase debe ser la que trate de la ejecución del contrato, haciendo una especial referencia al contrato de servicios.

C. Entendiendo que merece una reflexión independiente el régimen jurídico de la cesión y subcontratación, ya que son dos acontecimientos que se producen durante la vida del contrato y que tienen una gran trascendencia.

D. Es importante que me ocupe de la finalización del contrato, acontecimiento este con el que se extingue el vínculo contractual, dentro de la finalización me ocuparé de la

forma normal de finalización que es el cumplimiento, y de una anormal que es la resolución que nace del ejercicio de una potestad administrativa.

E. Considero que es imprescindible que en el presente trabajo se haga una referencia individualizada al régimen de la invalidez de los contratos del Sector Público, soy consciente de que igual el encuadre sistemático del régimen de la invalidez de los contratos de servicios sería más correcto en otro apartado del presente estudio, pero resulta innegable que el citado régimen afecta a la vida del contrato celebrado.

A. Prerrogativas de la Administración durante la ejecución del contrato de servicios.

1) Consideraciones generales sobre las prerrogativas de la administración en el contrato administrativo.

Como ya ha quedado puesto de manifiesto anteriormente, el contrato es una institución y en cuanto a institución que es presenta una serie de notas características propias de la institución a la que pertenece, estas notas hacen que el régimen de los contratos administrativos tenga grandes similitudes con los contratos civiles, pero también se advierten una serie de especialidades de la contratación administrativa con respecto a la contratación civil. En esta línea la DIEZ SASTRE, S. aporta unas consideraciones de gran valor, cuando señala que: “Precisamente sobre la base de las reglas de ejecución del contrato se ha construido la categoría del contrato administrativo, opuesta al contrato civil¹⁸⁰⁹.”.

En la contratación administrativa aparecen unas prerrogativas o potestades¹⁸¹⁰ que dispone la Administración¹⁸¹¹, estas potestades tienen su razón de ser en la necesidad de satisfacer el

¹⁸⁰⁹ S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores ...*, Op. cit., pág. 29.

¹⁸¹⁰ J. ABAJO QUINTANA, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, pág. 508, dice este autor que: “ El principio de igualdad entre las partes es un principio procesal, lo que hay que conseguir es que se produzca la mayor equivalencia posible en los contratos onerosos, como

interés público a la que se orienta todo contrato administrativo, las potestades de que dispone la Administración en el contrato administrativo no nacen del contrato sino que nacen de la ley ¹⁸¹².

También son interesantes sobre la cuestión, las afirmaciones de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., que nos dicen que en la contratación administrativa, no se produce una ruptura del equilibrio contractual, sino que este equilibrio contractual hay que buscarlo en otro lugar diferente, continúan señalando que no hay exorbitancias a ultranza, sino unas bases distintas de equilibrio contractual¹⁸¹³, así si en la contratación civil el equilibrio se encuentra en la proporcionalidad que existe entre las prestaciones de las partes, en la contratación administrativa las prerrogativas exorbitantes que pudieran existir a favor de la Administración, se ven contrapesadas por la obligación legal de mantener el equilibrio o ecuación financiera del contrato.

No obstante todo lo anterior, cabe señalar que en el momento actual, se están produciendo grandes cambios en lo que a la contratación civil respecta, estos cambios vienen motivados, en buena medida, por los cambios constantes que se producen en la sociedad actual a los cuales debe dar satisfacción el derecho. Una de las principales notas características de estos cambios que se están produciendo en las bases de la contratación, consisten en la ruptura del *principio de igualdad de las partes* que inspira la noción liberal del contrato que recoge

suelen ser los concluidos por la administración; no se trata pues que uno de los contratantes pueda ocupar una posición diferente del otro, sino que las prestaciones de ambos han de guardar la mayor equivalencia posible.”. También. pág. 508, dice este autor que: “Las prerrogativas de la administración en el ámbito de la contratación administrativa, nacen de Ley.”.

¹⁸¹¹J. TORNÓ MAS, *Comentarios a la Ley ...*, op cit., pág. 303, dice que: Las prerrogativas rompen la igualdad de las partes. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit.; pág. 723, dicen estos dos autores, refiriéndose a los contratos administrativos típicos, que: “estos contratos están impregnados de una idea esencialmente finalista, que preside necesariamente su desarrollo... Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligatoria. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación del objeto. El contrato es Ley entre las partes, pero junto a la *lex contractu* hay leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de las leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente.”.

¹⁸¹² L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo...*, op. cit, pág. 389.

¹⁸¹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I...*, op. cit. pág. 723.

el Código Civil, esto supone que la posible desigualdad que hay entre las partes en la contratación administrativa, no es algo excepcional, sino que la ruptura del principio de igualdad también ha tenido reflejo en el ámbito civil. Asimismo se puede destacar que en la contratación civil el principio dispositivo también se ha visto limitado por necesidades sociales o económicas¹⁸¹⁴, todo esto supone una cierta aproximación entre la contratación civil y la contratación administrativa, se reducen pues las diferencias entre estos dos ámbitos de la contratación¹⁸¹⁵.

Con ánimo sistemático se hará una primera aproximación a estas prerrogativas¹⁸¹⁶, de esta forma y en virtud de la regulación que de las mismas hace la ley se puede diferenciar entre:

¹⁸¹⁴ En este sentido son interesantes las reflexiones que hacen los profesores L. Díez Pícazo y A. Gullón, en *Sistema de derecho civil...*, op. cit. pág. 3, dicen que: “La intervención del Estado en la vida económica es un postulado indeclinable a partir sobre todo de la Primera Guerra Mundial...- destacan estos dos autores las siguientes intervenciones sobre los contratos- 1º. Limitación del principio de libertad de contratar; 2º. Limitación del principio de libertad en la fijación del contenido del contrato; 3º. Fijación imperativa de los precios de bienes o servicios o sometimiento de ellos a un control público.....”.

¹⁸¹⁵ Consideramos que es interesante hacer una sucinta referencia a la situación en la que se encuentra actualmente la contratación civil, con el objeto de compararla con la contratación administrativa, de esta forma acudimos a lo dicho por el profesor X. O’CALLAGHAN, *Código Civil...*, op. cit. (obra citada) reflexiona sobre este tema(pág. 1225), dice este autor refiriéndose al artículo 1254 del Código civil, que: “Este precepto, pues, ciertamente, no define el contrato; se limita a indicar su existencia: da por supuesto una noción de contrato. La cual responde a la concepción liberal del mismo, que destaca por, 1) la hipotética igualdad de las partes contratantes, que se conoce con el nombre de igualdad formal; 2) por la derogabilidad de las normas dispositivas, por la relevancia de la autonomía de la voluntad; y 3) por remitir a la buena fe, esencialmente, el remedio de las lagunas del contrato. Sin embargo, la realidad actual ha hecho cambiar muchos de los clásicos conceptos, llegándose a hablar de una nueva doctrina del contrato, y a que no siempre pueden considerarse iguales a las partes (piénsese en los contratos de adhesión con grandes empresas o entidades bancarias), ni las normas contractuales son siempre dispositivas (piénsese en la Ley de protección de consumidores y usuarios), ni las lagunas del contrato se cubren, muchas veces por el principio de buena fe, sino por normas concretas previstas para ello.”. Por su parte los profesores L. Díez Pícazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil...op. cit.* pág. 32, nos hablan de las nuevas modalidades contractuales, señalando las siguientes notas: “1) Aparecen los contratos masa o contratos tipo, impuestos por las grandes compañías a sus clientes, de ellos nacen los contratos de adhesión; 2) Nos dicen que una serie de condicionamientos de política económica y de política social hacen que el régimen jurídico o el contenido de determinados contratos no pueda dejarse al juego de la libertad contractual, porque ello supone dejar a la parte económicamente más débil, a merced de la otra y que el Estado tenga que asumir la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo e irrenunciable a estos contratos; 3) También destaca la doctrina alemana las prestaciones del tráfico en masa, en las cuales las obligaciones surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna (ejemplo: utilización del aparcamiento de vehículos).”.

¹⁸¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I.* op. cit. pág. 682, dicen que: “La prerrogativa de poder público por excelencia con la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria de sus actos.”.

- A) Prerrogativas establecidas con carácter general en el artículo 210 del TRLCSP, y que por lo tanto se predicán de todos los contratos administrativos.
- B) Prerrogativas o especialidades establecidas para cada tipo de contrato. Se trataría de una serie de modulaciones o especialidades, que se establecen en el régimen general de las prerrogativas de la Administración, para adaptarlas a las especialidades de cada uno de los diferentes contratos tipo.

No obstante estas consideraciones generales, prefiero usar para afrontar el análisis de las mismas la siguiente clasificación:

- A) Potestad de interpretación.
- B) Potestad de modificación del contrato.
- C) Potestad de dirección¹⁸¹⁷.
- D) Potestad de inspección.
- E) Potestad de Resolución del Contrato¹⁸¹⁸.

Para concluir esta serie de consideraciones generales que estoy haciendo entorno a las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, debo aludir al artículo 211 de la Ley, que establece el procedimiento para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, se trata de un procedimiento genérico aplicable a todas prerrogativas que se ejerciten.

De esta forma en los procedimientos que se tramiten, deberán seguirse los siguientes trámites:

¹⁸¹⁷ Esta potestad de dirección del contrato, no aparece referida expresamente por el TRLCSP, no obstante entendemos que se infiere de la potestad que tiene la Administración de dictar instrucciones al contratista.

¹⁸¹⁸ Como ya ha quedado apuntado anteriormente, por razones sistemáticas, hemos optado por aludir a la potestad de resolver el contrato en otra parte del trabajo.

- 1) En primer lugar, es necesario que los mismos se tramiten dando audiencia al contratista.
 - 2) En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestora y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, es necesario un informe del Servicio Jurídico¹⁸¹⁹, salvo en los casos previstos en los artículos 99 y 213.
 - 3) Será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva¹⁸²⁰ en los siguientes casos (artículo 211.3 TRLCSP):
 - a. Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
 - b. Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato¹⁸²¹ y éste sea igual o superior 6.000.000 de euros.
- Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

¹⁸¹⁹ Sobre el valor del informe del servicio jurídico, cabe aludir al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 15/95, de 8 de junio de 1995, que dice que: "...el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente no es vinculante para la Dirección General de Carreteras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que bastará con motivar la decisión que se adopte, según resulta del artículo 54.1.c de la citada Ley."

¹⁸²⁰ En cuanto al momento procesal en el que se debe solicitar el dictamen, cabe aludir al Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 3/08, de 8 de octubre de 2008, que dice que: "Los dictámenes del Consejo de Estado tienen carácter final, emitiéndose una vez formulada la propuesta de resolución y no pudiendo ser sometido a informe de ningún otro órgano el expediente en que ha dictaminado el Consejo de Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado."

¹⁸²¹ El porcentaje de modificación, a partir del cual es necesario solicitar el dictamen del Consejo de Estado, se ha reducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, anteriormente era del 20 por ciento. Sin lugar a la duda la anterior modificación, se inserta dentro del paquete de medidas introducido por la Ley de Economía Sostenible, tendente a limitar o controlar el uso indebido del ius variandi. Creo que una decisión como la comentada debe ser digna de aplauso debido a que aumenta los controles por parte del Consejo de Estado.

2) *Potestad de interpretación del contrato*¹⁸²².

Dentro de las prerrogativas de que dispone la Administración en el contrato administrativo de servicios se analiza, en primer término, la de la interpretación del contrato¹⁸²³. En este sentido el artículo 210 TRLCSP habla de interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento¹⁸²⁴, sobre esta redacción de la Ley, TORNO MAS, Joaquín¹⁸²⁵ nos dice que las dos expresiones significan la misma cosa¹⁸²⁶, opinión que comparto.

¹⁸²² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1999: "...el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2003, señala que: "En suma partimos de la premisa que la labor interpretativa de los contratos está excluida de la revisión casacional, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala y de la Sala Primera, puesto que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal, en coherencia con la reiterada jurisprudencia de este tribunal (Sentencias de la Sala Primera de 1 de marzo de 1997, 5 de marzo de 1997)....".

¹⁸²³ J. ABAJO QUINTANA, *Comentarios a la legislación....*, op. cit. pág. 516, dice que: "Como toda prerrogativa, la potestad de interpretación unilateral del contrato es privativa de la contratación administrativa, siendo extraña al ámbito de la contratación civil, en que el cumplimiento y la validez del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes, tal y como establece el artículo 1256 del Código Civil.". E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo I...* op. cit. pág. 725: "La facultad interpretativa que se reconoce a la Administración no tiene otro alcance ni se traduce en reglas especiales distintas de las que establecen con carácter general los artículos 1281 y siguientes Cc, a los que debe ajustarse en todo caso su ejercicio.". Continúan diciendo que: "No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general.".

¹⁸²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1984, señala que: "Las potestades de interpretación de la Administración no pueden significar tanto como entregar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes, en este caso la Administración.". Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999, dice que: "El primero de los límites de la potestad de interpretación del contrato, por parte de la Administración, se halla en la posibilidad de revisión del contenido de dicha decisión por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso administrativa.". Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1988: "La potestad de interpretación unilateral de los contratos, no se traduce en reglas distintas de las contenidas en el Código Civil.".

¹⁸²⁵ Si bien es cierto que el autor aludía al TRLCAP el TRLCSP no ha cambiado su redacción, en este punto, con respecto a su precedente.

¹⁸²⁶ J. TORNO MAS; *Comentarios a la Ley de Contratos...* op. cit. pág. 306.

En cuanto a la justificación de esta potestad de la Administración se puede aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1984, en la cual, el Alto Tribunal dice que este privilegio sirve para conocer la auténtica voluntad de lo convenido por las siguientes razones:

1º) Las cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la Administración, y, por lo tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer su verdadero sentido...; 2º) Las mismas contienen diversas expresiones que, por su indeterminación, nadie mejor que ella puede acometer la finalidad con la que han sido empleadas; 3º) Salvo abuso de poder, error, o irracionalidad, la Administración puede acometer estas tareas sin propósitos egoístas y partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente. También cabe citar otra Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1995, en la que, el Tribunal nos dice que la justificación última de esta prerrogativa se encuentra, en la mejor satisfacción posible del interés público, insito en toda actividad administrativa¹⁸²⁷. Estas dos sentencias del Alto Tribunal cubren a mi entender el problema de la justificación de esta potestad que se puede simplificar en dos causas de justificación, la primera, sería la necesidad de satisfacer el interés público; y la segunda, sería que debido a que es la Administración la redactora del contrato ella es quien mejor conoce su auténtico sentido (Cabe recordar en este punto, que como ya se ha mantenido en otra parte del presente trabajo, siguiendo al profesor COSCULLUELA¹⁸²⁸, los contratos administrativos son contratos de adhesión, razón que justifica más aún la atribución de esta potestad a la Administración que es la creadora del contrato¹⁸²⁹).

¹⁸²⁷ Esta sentencia es citada por M.A. GONZÁLEZ IGLESIAS, *El contrato ...*, op. cit., página 234.

¹⁸²⁸ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo.... op. cit.* pág. 389 y 418.

¹⁸²⁹ Debido a que se trata de contratos que son redactados por la Administración, a la hora de interpretarlos les resultaría de aplicación la regla que contiene el artículo 1288 del Código civil que dice que: “ La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.”. En este sentido el profesor LA CRUZ BERDEJO, *II Derecho de obligaciones... op. cit.* pág. 498, dice que: “ Esta regla de interpretación llamada contra proferentem, representa un carga adicional para el redactor unilateral del contrato, y correlativamente una ventaja para quien lo suscribe sin participar en la redacción..... En este precepto la palabra ocasionar no es sinónima de redactar: “el mero hecho de redactar la cláusula o el contrato no es decisivo, si esa redacción se hizo bajo la inspiración o los criterios del otro contratante.” (López). La interpretación irá contra quien aporte la cláusula, aunque no la haya redactado. No es preciso que la provocación de la oscuridad sea intencionada: basta la mera negligencia.”.

En lo que respecta a la forma de efectuarse esta interpretación, se deben hacer dos consideraciones:

- *La primera:* Deriva de la propia Constitución Española de 1978 que en su artículo 103.1, proclama el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho, dentro de este derecho y en lo que respecta a la interpretación de los contratos, hay que recordar que las reglas de interpretación se establecen en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil¹⁸³⁰. Por lo que las citadas reglas ha de buscarlas la Administración en estos preceptos¹⁸³¹.
- *La segunda:* Deriva del mismo precepto constitucional, que señala que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, por lo que la interpretación ha de ser objetiva y debe perseguir la defensa de los intereses generales¹⁸³².

¹⁸³⁰ LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones II*, op. cit. pág. 493, dice que: “De Castro señala que en la disciplina del Código la presencia de varias clases de normas de interpretación: de una parte, las que reflejan la interpretación subjetiva, en las que destaca la impronta espiritualista de nuestro ordenamiento: la común intención de los contratantes (arts. 1281 a 1283); otras, respondiendo a la llamada interpretación objetiva, arts. 1284 y ss. Las primeras, centradas en la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes, tienen preferencia sobre las otras.”. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1996, dice que: “Las normas o reglas de interpretación contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene un rango preferencial y prioritario la regla contenida en el párrafo 1º del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las parte, no cabe la posibilidad de que entren en juego las demás reglas interpretativas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario.”.

¹⁸³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit. pág. 725, dicen que: “La facultad interpretativa que se reconoce a la Administración no tiene otro alcance ni se traduce en reglas especiales distintas de las que establecen con carácter general los artículo 1.282 y siguientes CC, a los debe ajustarse en todo caso su ejercicio.”. Sobre el artículo 1285 del Código civil, cabe aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1990, que dice que: “Este precepto proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en un cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que el contrato constituye.”.

¹⁸³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit. pág. 681, dicen refiriéndose a la interpretación que: “la Administración no debe perder de vista el interés público que el contrato pone en juego.”.

Para concluir cabe señalar que a la interpretación del contrato administrativo de servicios, se refiere el artículo 305.1 TRLCSP que dice que:

”El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación”.

Esta prerrogativa de interpretación del contrato puede ser especialmente conflictiva en el caso de los contratos que se suscriben con los llamados profesionales liberales, ya que estos ostentan una libertad en el desarrollo de su trabajo que en ningún caso podría verse coartada por la interpretación que del contrato hiciera la Administración, es más en algunos casos el acto administrativo que concluiría el expediente de interpretación del contrato podría resultar nulo de pleno derecho por vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional, en concreto se me ocurren dos derechos que podrían resultar vulnerados, el primero, sería el derecho proclamado en el artículo 20.1.b de la Constitución que es el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; y el segundo proclamado en el artículo 20.1.c que sería el derecho a la libertad de cátedra.

Por lo que entiendo que, en el caso de las profesiones liberales, debe producirse por la Administración una ponderación de los criterios de interpretación, que como ya ha quedado señalado se orientan a la consecución de los intereses generales, y la salvaguarda de las reglas que inspiran el ejercicio de las profesiones liberales, en especial, en la medida que estas reglas puedan afectar a derechos fundamentales proclamados en la constitución, puesto como ya se ha visto el acto de interpretación podría resultar nulo de pleno derecho.

3) *Potestad de modificación del contrato*¹⁸³³.

¹⁸³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit. pág. 726 y sigs, dicen que: “El poder de modificación del contrato tiene dos límites, uno formal, que consiste en la necesidad de que se tramite un expediente contradictorio, y otro, material consistente en que las modificaciones dejan de ser obligatorias para el contratista cuando excedan del veinte por ciento del presupuesto del contrato o sean sustanciales.”. También dicen que: “sobre los límites, dicen: No se trata de límites en el sentido de barreras u obstáculos que impidan a la Administración Pública modificar en ciertos casos los contratos administrativos por ella suscritos...El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.”.

3.1. *Introducción.*

Como he señalado en otros apartados del presente trabajo, que el contrato administrativo es, en cuanto a contrato que es una institución¹⁸³⁴, institución que bebe en varias fuentes, no sólo en las reglas generales del derecho civil, sino también en las particulares que inspiran el contrato administrativo en la legislación de contratos. También se ha señalado que la contratación administrativa presenta una serie de especialidades con respecto a la contratación civil, especialidades que se justifican en la necesidad de dar una satisfacción al interés público mediante el contrato administrativo. Pues bien, probablemente la mayor especialidad que presenta el contrato administrativo frente al régimen jurídico general de los contratos civiles se encuentra en la potestad de modificación del contrato ó régimen del *ius variandi*¹⁸³⁵. En el ámbito civil rige el principio *pacta sunt servanda*, así el artículo 1091 del Código Civil, que dice que:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos¹⁸³⁶”.

¹⁸³⁴ La importancia que tiene articular la realidad jurídica sobre el concepto de institución fue resaltada por Santi Romano, según nos recuerda S. MARTÍN RETORTILLO, *La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 39, 1962, pág. 59.

¹⁸³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ ; *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit, pág. 725, dicen que: “El *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta a uno de los presupuestos básicos de la institución contractual- *pacta sunt servanda*.”. y pág. 726, dicen sobre el *ius variandi* de la administración: “El *ius variandi* de la administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración.”.

¹⁸³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 27 de febrero de 2001, dice que: “...existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, a partir de su perfeccionamiento,..., y a cuyo tenor las condiciones jurídicas, técnicas y económicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo las excepciones admitidas, que son eso, excepciones, a un régimen general de mantenimiento de aquéllas, y que, en cuanto a tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque haya sido inicialmente previstas, o porque ocasionen una ruptura del equilibrio financiero claramente acreditada, o porque resulte evidentemente producida por la supervivencia de hechos que lo alteren en perjuicio para una de las partes contratantes y en consiguiente beneficio para otra, incidiendo así en el ámbito de lo que puede incluirse bajo el concepto de enriquecimiento injusto que exige que concurren con éste un correlativo empobrecimiento a costa de una de las partes y la ausencia de una causa legalmente prevista que, en su caso, lo admita bajo alguna modalidad y para algún supuesto previsto.”.

La potestad de modificación del contrato¹⁸³⁷ supone una excepción a este régimen, ya que permite a la Administración modificar el contrato en los términos establecidos en la Ley. El profesor COSCULLUELA acierta con la auténtica finalidad de la potestad, cuando dice que la justificación se encuentra en que la Administración, no puede venir obligada por el pacto celebrado, si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados¹⁸³⁸, se trata de una potestad que también se reconoce en otros ordenamientos jurídicos sobre la base de la misma argumentación¹⁸³⁹. El fundamento teleológico de esta potestad conecta directamente con los fines mismos de la Administración (servir a los intereses generales/ artículo 103.1 CE).

La situación del régimen jurídico del *ius variandi* era tal y como se ha descrito, hasta la aparición de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), que ha introducido importantes novedades en la materia (que ahora se han integrado en el TRLCSP), sobre las cuales se tendrá oportunidad de profundizar a lo largo de las líneas siguientes. No obstante, me gustaría adelantar que se ha ampliado el ámbito de ejercicio del *ius variandi* a todos los contratos del sector público, mediante la inclusión de un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP (ahora TRLCSP), dedicado a la modificación de todos los contratos del Sector Público.

Con el cambio legislativo aludido en el párrafo anterior, se abunda en un fenómeno, poco comentado, cual es el de la aproximación de la regulación de los contratos civiles a la

¹⁸³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984: “El derecho de modificación con que cuenta la Administración, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio de interés público.”.

¹⁸³⁸ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho...*, op. cit. pág. 419.

¹⁸³⁹ S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *La contratación de ...*, op. cit., pág. 209, alude a la posibilidad de modificar los contratos suscritos por las instituciones comunitarias, dice que: “Rige la regla del *ius variandi* a favor de la Comunidad, en un sentido amplio, al ser procedentes “cuantas modificaciones aquélla estime oportunas y que sean compatibles con el estado de avance de los trabajos”. El contratista puede solicitar que se modifique el objeto del contrato, quedando entonces a discrecionalidad de la Comisión las consecuencias que de ello hayan de derivarse. Las modificaciones del contrato dan lugar a un documento adicional escrito, concluido en idénticas condiciones que aquél, sin que quepa la posibilidad para ello de recurrir a acuerdos verbales.”.

regulación de los contratos administrativos. Estos supone, a mi juicio, una muestra más de la degradación de la figura del contrato administrativo, que ahora cede una de sus principales notas definitorias (*ius variandi*) a todos los contratos del sector público, en los términos que se verán más adelante.

Probablemente, la modificación comentada, no es sino una muestra o un reflejo de los tiempos que corren, en los que cada vez es más frecuente que la tutela de los intereses públicos se encomiende a entes que tienen formas privadas de personificación. El legislador ha entendido que no tiene sentido negar esa realidad, y ante la imposibilidad de frenar el fenómeno de la huída del derecho administrativo, aceptar que el mismo existe, y que los intereses públicos que representan los entes privados, creados por las Administraciones públicas no pueden verse comprometidos, por el hecho de no poder hacer uso del *ius variandi*.

Simplificando lo anterior, se puede decir que, ante el fenómeno de la huída del derecho administrativo, el legislador reacciona con el mecanismo de la expansión del derecho de la contratación pública. Derecho que, como sabemos, es algo más que derecho administrativo.

A modo de conclusión, se puede decir que estamos asistiendo a un fenómeno que diluye el derecho administrativo, difuminando las fronteras entre ese derecho y el derecho privado. Por lo que, si bien es cierto que la medida responde a la realidad de los tiempos que corren, no lo es menos que extiende uno de los rasgos definitorios del contrato administrativo a todos los contratos del sector público.

3.2. *Análisis del régimen del ius variandi.*

La regulación del régimen jurídico del *ius variandi*, se encuentra para el contrato administrativo de servicios en los artículos 219 y sig., y en el Título V del Libro I de la Ley. De esta regulación procede hacer las siguientes consideraciones:

- Primera: Dentro del *ius variandi* se incluye tanto la modificación de los contratos (artículo 219 TRLCSP) como la suspensión¹⁸⁴⁰ de los

¹⁸⁴⁰ M.M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de

mismos¹⁸⁴¹ (artículo 220 TRLCSP) ya que haciendo una interpretación sistemática de los preceptos vemos como los mismos se incluyen dentro del mismo capítulo que lleva por rúbrica “*Modificación de contratos*”; por lo tanto la suspensión es concebida por el legislador como un tipo de modificación.

- Segunda: Para que la modificación sea ajustada a derecho han de observarse una serie de límites¹⁸⁴², entre los que resaltamos los siguientes:
 - A) La modificación del contrato ha de venir motivada por razones de interés público¹⁸⁴³. (artículo 219.1 TRLCSP). No cabe la modificación por el simple interés económico del contratista, así lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo, cita por el profesor COSCULLUELA, de 29 de julio de 1986¹⁸⁴⁴.
 - B) Las modificaciones han de producirse una vez perfeccionado el contrato¹⁸⁴⁵.

junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008, pág. 430, dice acerca de la suspensión del contrato que: “Constituye una medida unilateral adoptada por la Administración y que, por tanto, produce el derecho del contratista a ser indemnizado.”.

¹⁸⁴¹ Sobre la potestad de suspensión del contrato puede consultarse el trabajo del profesor J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superior a un año*, Revista de Administración Pública, núm. 103.

¹⁸⁴² Acerca de los límites a la modificación de los contratos administrativos en Navarra M .M. RAZQUIN LIZÁRRAGA, *La ejecución de los contratos*. ...,op. cit., explica que en ésta región se establecen cuatro escalones para la modificación de los contratos administrativos, escalones que se relacionan con el porcentaje que supone la modificación variando entre el 10%, 20%, entre el 20% y el 50% y ,más del 50 % porcentaje que hace imposible la modificación.

¹⁸⁴³ Dictamen del Consejo de Estado 4709/98, de 4 de febrero de 1999, dice que: “Es consustancial con los contratos administrativos, y en especial, con los contratos de gestión de servicios públicos, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del mismo, compensando al contratista de manera que no resulte perjudicado por dicha modificación”.

¹⁸⁴⁴ L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho*op. cit., pág. 419.

¹⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2001, dice que: “..existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, a partir de su perfeccionamiento...”.

- C) Si la modificación desnaturaliza el objeto del contrato, se hace necesario acudir a la licitación de un nuevo contrato¹⁸⁴⁶, así lo ha señalado el Consejo de Estado en su dictamen número 45.171, de 19 de mayo de 1983.
- D) El ius variandi de la Administración en el contrato administrativo, tiene que ver con la fase de ejecución del contrato, y no con la de selección del contratista¹⁸⁴⁷.
- E) La modificación del contrato hace surgir la obligación de mantener el equilibrio financiero o ecuación financiera del mismo.¹⁸⁴⁸
- F) El ius variandi sólo se predica de los contratos del Sector Público típicos o nominados¹⁸⁴⁹, como es el caso del contrato de servicios¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1264/2002, de 15 de noviembre (recurso 7673/1998), dice que: "...a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentes con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación, para evitar de forma definitiva debilitar sensiblemente la posición del contratista en este tipo de modificaciones."; también el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 11/2008, de 15 de octubre de 2008, que dice que: "...sin que en ningún caso la modificación afecte a los elementos esenciales del contrato. Es decir, que el contrato, aun a pesar de la modificación, ha de seguir siendo reconocible.".

¹⁸⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1998.

¹⁸⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I...*, op. cit. pág. 730.

¹⁸⁴⁹ También de los contratos administrativos especiales, cuando así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Ya que para este tipo contractual, el legislador permite a la Administración una gran amplitud en la regulación de su régimen jurídico.

¹⁸⁵⁰ Sobre la modificación del contrato por mutuo acuerdo, cabe citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/1995, que dice que: "La modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato admisible por aplicación del principio de libertad de pactos, tanto en los contratos administrativos, como en los privados...La conclusión sentada...no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y los criterios a los que responde la adjudicación de los contratos mediante el sistema de licitación pública...Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por la vía de la modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y de buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce.".

-
- Tercera: Para poder modificar el contrato es necesario incoar un procedimiento administrativo¹⁸⁵¹, en los términos que ya han sido apuntados¹⁸⁵².
 - Cuarta: Es posible la modificación de los contratos menores, pero siempre dentro de los límites que marca la Ley para esta modalidad contractual¹⁸⁵³.
 - Quinta: La Ley, tras la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible, admite explícitamente que tanto la cesión del contrato¹⁸⁵⁴, la revisión de precios, y la prórroga, son modificaciones del contrato, si bien su régimen jurídico es el específico que para cada uno de los supuestos establece la Ley, así resulta de lo dispuesto en el artículo 105.1 TRLCSP.
 - Sexta: Para que pueda modificarse el contrato del Sector Público tiene que haberse previsto de una forma clara, precisa e inequívoca, debiendo contenerse, tal previsión, en los pliegos o en el anuncio de licitación. (artículo 106 y artículo 107 TRLCSP).

¹⁸⁵¹ En el expediente de modificación, debe incorporarse certificado de existencia de crédito o documento que lo sustituya, así lo ha señalado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 11/08, de 15 de octubre de 2008.

¹⁸⁵² En lo relativo al porcentaje que exige solicitar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cabe aludir al Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 11/08, de 15 de octubre de 2008, que dice que: “Teniendo en cuenta la cuantía de esta modificación, a la que se añade las dos modificaciones anteriores a las que se ha hecho referencia en el antecedente segundo, el dictamen del Consejo Consultivo se ha configurado como trámite preceptivo.”.

¹⁸⁵³ Informe 4/2001, de 4 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, dice que: “...una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente....El contrato menor podrá ser igualmente susceptible de modificación contractual cuando se den las circunstancias anteriormente mencionadas, siempre que con la modificación no se superen las cuantías máximas establecidas en la LCAP para los referidos contratos menores.”.

¹⁸⁵⁴ La cesión es una modificación, ya que se cambia a una de las partes integrantes del contrato (el contratista), es por lo tanto una novación subjetiva que se produce en el contrato. Cambia el contratista y permanece el vínculo contractual.

- Séptima: Por otro lado el artículo 105.2 TRLCSP, establece un límite sustantivo a las modificaciones, dice que: “La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente pactadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos contemplados si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b).b) y 174. b).”.
- Octava: A todos los límites aludidos anteriormente, debe contraponerse lo que entiendo que es un sistema de salvaguarda de los intereses públicos. El legislador consciente de que un sistema tan rígido como el anterior puede comprometer los intereses públicos, establece en el artículo 107.1 una serie de supuestos en los que no es necesario la previsión en la forma explicada anteriormente, para poder modificar el contrato, los supuestos son los siguientes: 1)Inadecuación de la prestación para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas., 2)Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas., 3) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos., 4) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la

mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato, 5) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

- Novena: Como medida cautelar, y con el fin de evitar el uso indebido del ius variandi el legislador establece importantes límites que consisten en que la modificación no puede afectar a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y que debe limitarse a introducir las variantes estrictamente indispensables.
- Décima: Aspectos procesales del ius variandi: En función del precepto que sirva de base para el ejercicio del ius variandi (artículo 108 TRLCSP)) el procedimiento varía.

En el caso del artículo 108.2 TRLCSP: Corresponde al órgano de contratación su diseño, delimitándolo en los pliegos o en el anuncio de licitación.

En el caso del artículo 108.2 de la Ley: Se establece como requisito el que se conceda audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si es que se han preparado por una empresa.

3.3. Especialidades que presenta la modificación en el caso del contrato de servicios:

Debido a lo heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios, el legislador ha sido sensible a esta diversidad de objeto optando por establecer una especialidad para el caso de la modificación de los contratos de servicios de mantenimiento, en este caso, cuando se produzca un aumento, reducción, supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato, la modificación será obligatoria para el contratista, sin que tenga derecho a indemnización en el caso de supresión o de reducción de unidades.

3.4. Consideraciones sobre la influencia del derecho comunitario sobre el ius variandi: El legislador español ha importado un concepto que proviene del derecho comunitario, en

concreto, he encontrado su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en las conclusiones formuladas por los Abogados Generales. Este concepto es el de la nueva adjudicación, de esa forma cuando la modificación de un contrato se inserta dentro de este concepto, la modificación no es ajustada a derecho, y por lo tanto, no puede llevarse a cabo, a continuación se exponen sus principales características:

Se ha planteado en el ámbito del derecho comunitario la pregunta de que en qué condiciones la modificación de un contrato de servicios ha de ser considerada como una *nueva adjudicación* y por la tanto objeto de licitación¹⁸⁵⁵; esta pregunta ha sido respondida en el sentido de que sólo las modificaciones esenciales del contrato¹⁸⁵⁶, que sean capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios justifican la realización de un nuevo procedimiento de adjudicación¹⁸⁵⁷. Por lo tanto, extrapolando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al TRLCSP, la modificación estará vetada por el ordenamiento jurídico cuando afecte a las condiciones esenciales del contrato, se entiende que afecta a estas condiciones esenciales cuando falseen la competencia dando preferencia a los contratistas del ente público.

No obstante, la anterior doctrina implica un elemento valorativo muy amplio, por parte del intérprete, con la inseguridad que eso supone; por ese motivo se han establecido por las instancias comunitarias, una serie de presunciones a favor de la existencia de una modificación esencial, que son las siguientes:

¹⁸⁵⁵ En concreto esa pregunta se la hace la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en sus Conclusiones presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C- 454/06, se pregunta: "... en qué condiciones la modificación de un contrato preexistente debe considerarse como adjudicación de un contrato público de servicios...".

¹⁸⁵⁶ Aparece el término modificación esencial, que debemos asimilar al concepto condición esencial que utiliza la LCSP.

¹⁸⁵⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C-454/06.

1º. Habrá modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones generales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público¹⁸⁵⁸.

2º. Habrá modificación esencial cuando a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación otros licitadores distintos de los que participaron¹⁸⁵⁹.

3º. La modificación será esencial cuando con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante distinto que en su día no lo consiguió¹⁸⁶⁰.

4º. Una modificación también puede considerarse esencial, cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba previsto en los términos del contrato inicial¹⁸⁶¹.

Se advierte, en materia de modificaciones, tanto la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un intento serio por parte del legislador español de limitar el uso abusivo de esta institución que ha terminado por desnaturalizarla¹⁸⁶², siendo una práctica relativamente frecuente que los licitadores presentaran ofertas por debajo del

¹⁸⁵⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C-454/06.

¹⁸⁵⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C-454/06.

¹⁸⁶⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, Asunto C-454/06.

¹⁸⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, asunto C- 454/06.

¹⁸⁶² Dictamen del Consejo de Estado 214/ 1992, sobre el anteproyecto de la LCAP, dice que: "...puede decirse que gran parte de las modificaciones contractuales son referibles a motivaciones que desnaturalizan la institución. En la última de las Memorias elevadas al Gobierno, el Consejo partiendo de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su existencia consultiva, hizo notar que en ocasiones no tanto se percibe en ellas una salvaguarda realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias "normales" propias de la ejecución de un contrato, cuanto inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones esenciales.... Así ocurre que una potestad de la Administración, concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación de su parte, con clara desvirtuación de la naturaleza y alcance del "ius variandi".".

precio de mercado a sabiendas de que se producirá la correspondiente modificación, afectando esta práctica a la fase de licitación del contrato desnaturalizándola, ya que mediante este proceder se premia el uso abusivo del sistema de modificaciones del contrato¹⁸⁶³.

4) Potestad de dirección.

La Administración tiene la potestad de dictar instrucciones al contratista sobre cómo se debe ejecutar el contrato administrativo, esta potestad de dirección implica la posibilidad de dar órdenes al contratista sobre la ejecución del contrato, estas órdenes son ejecutivas, sin perjuicio del derecho que tiene el contratista a recurrirlas.

Esta posibilidad con respecto al contrato administrativo de servicios, aparece prevista en el artículo 305.1 del TRLCSP que alude a la ejecución del contrato por el contratista de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración¹⁸⁶⁴. Por lo que la potestad de dirección, se entiende por el legislador dentro de la potestad de interpretación del contrato que tiene la Administración. Cabe recordar que las órdenes se ven limitadas por lo anteriormente dicho sobre la interpretación del contrato. Así mismo, las órdenes únicamente se ven referidas a las dudas que surjan sobre la

¹⁸⁶³ En este sentido son interesantes las intervenciones realizadas por el Ministro de Economía y Hacienda (Rodrigo Rato), durante el debate a la totalidad de la Ley 53/1999, que dice que: "...sentar un criterio restrictivo en materia de modificaciones. Tal y como se viene aplicando la normativa de esta materia en este momento, todos somos conscientes de que los licitadores pueden presentar ofertas por debajo del precio real en la convicción de que con posterioridad a la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto por vía de los modificados. Esta es una práctica que nos lleva (...) a una perversión y es que las Administraciones aceptan precios que después no pueden cumplirse como consecuencia de bajas temerarias, que son después compensadas por un prolijo y excesivo sistema de modificaciones. Pues bien el proyecto que presento ante la Cámara pretende poner coto, limite a esta práctica (...) Señorías, no sólo se trata de evitar que la Administración incurra en un coste muy superior al previsto, sino de aquél al que se le adjudica la obra por ser el más barato no resulte al final el más caro, con lo cual estaríamos afectando, como en estos momentos se produce, a la libre competencia."

¹⁸⁶⁴ Dice el artículo 305.1 de la Ley que: "1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación". Esto supone que las instrucciones interpretativas que da la Administración al contratista, implican una obligación legal de cumplimiento de las mismas.

interpretación del contrato, sin que la Administración pueda hacerlo extensivo a otros aspectos incurriendo si lo hiciera en desviación de poder¹⁸⁶⁵.

Subyace, en esta potestad, el mismo espíritu que inspira la potestad de interpretación del contrato. A saber, la Administración que es quién ha redactado los pliegos del contrato es quien mejor conoce sus necesidades, y por ese motivo debe ser la que dicte instrucciones para lograr una buena ejecución del mismo.

Naturalmente las órdenes que dé, en ningún caso, podrán desnaturalizar las prestaciones pactadas inicialmente, sino que simplemente deben determinar de qué manera tiene que ejecutarse el contrato.

5) *Potestad de Inspección del contrato.*

Esta potestad de inspección del contrato debe considerarse unida a la potestad de interpretación del mismo y a la potestad de dirección, porque difícilmente podrá la Administración dictar órdenes de interpretación de la ejecución del contrato si desconoce cuál es la marcha que se está produciendo en la ejecución del mismo.

Cuando se suscribe un contrato administrativo, se crea un vínculo entre la Administración y el contratista, vínculo del cual no puede desentenderse la Administración, que debe verificar la forma en la que se ejecuta el contrato, con el fin de prevenir desviaciones por parte del contratista, que redundarían en detrimento de los intereses públicos que se pretenden satisfacer por medio del contrato.

En las tres potestades que se acaban de enunciar, cobra un protagonismo de relevancia una nueva figura importada por la Ley del ordenamiento jurídico francés (las raíces de la figura ya han sido analizadas en otro apartado), cuál es la del responsable del contrato. Tal y como

¹⁸⁶⁵ La desviación de poder, en nuestro ordenamiento jurídico, se define en el artículo 70.2.2º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que dice que: “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”.

sabemos, su participación es potestativa, correspondiendo decidir sobre su presencia en el contrato al órgano de contratación. Al responsable le corresponde: supervisar su ejecución (potestad de inspección), y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones para la correcta realización de la prestación pactada (potestad de interpretación y de dirección).

Se puede decir que el TRLCSP concibe al responsable del contrato como un mandatario del órgano de contratación, en el cual aquel delega una serie de potestades que le son propias tendentes a lograr una buena ejecución del contrato.

Finalmente, la Ley dispone que el responsable de contrato puede estar vinculado al órgano contratante, o puede ser ajeno a él, en este caso le unirá con el órgano de contratación un contrato de servicios. (ver artículo 52 TRLCSP).

6) *Potestad de resolución del contrato.*

Esta es la última potestad de la que dispone la Administración, si bien como se ha señalado la misma será analizada en otro lugar del presente trabajo, en concreto, cuando se aluda a las formas de finalización del contrato siendo la resolución una de las mismas.

B) *Ejecución del contrato de servicios.*

En este apartado, pretendo agrupar una serie de cuestiones que pueden surgir durante la vida del contrato, y que el TRLCSP ha optado por agrupar en el capítulo III, del Título I, del libro IV bajo la rúbrica de “Ejecución de los contratos”. La sistemática que se seguirá en el análisis es la que nos marca el legislador en el texto legal.

1. *Ejecución defectuosa y demora:* En primer lugar, se analiza el régimen de la ejecución defectuosa y de la demora en la ejecución del contrato.

- *Ejecución defectuosa:* La Ley ha introducido una novedad en esta materia, al regular la posibilidad de imponer penalidades en el caso de cumplimiento defectuoso o de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, esta imposición de penalidades debe encontrarse prevista en los pliegos o en documento contractual.

Es preciso detenerse brevemente en el análisis de un concepto novedoso, que es el de las condiciones especiales de ejecución del contrato ó obligaciones esenciales del contrato (artículo 118 TRLCSP). Ambos conceptos vienen a significar lo mismo ya que el legislador hace un uso indistinto de los mismos como se puede comprobar de la lectura del artículo 202.1 del TRLCSP¹⁸⁶⁶. Con estas expresiones la Ley quiere aludir a una serie de obligaciones que el contratista asume especialmente cualificadas, debido al carácter cualificado de las mismas el ordenamiento reserva a su incumplimiento una pena con el fin de que su tipificación con el carácter de esencial sirva como una especie de medida de fomento negativa, que impone al contratista el deber de tener un especial cuidado a la hora de cumplir con estas obligaciones¹⁸⁶⁷. Pueden configurarse como condiciones esenciales de ejecución del contrato obligaciones de lo más variopinto, tales como el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello¹⁸⁶⁸, consideraciones de tipo social o medioambiental. El único límite en la tipificación de estas obligaciones, es que las mismas sean compatibles con el derecho comunitario y que se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

El legislador impone dos límites a la imposición de penalidades, el primero, es que las mismas deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento; y el segundo, es que no podrán exceder del 10 por ciento del presupuesto¹⁸⁶⁹ del contrato.

¹⁸⁶⁶ El artículo 212.1 del TRLCSP, dice que: “1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1...”.

¹⁸⁶⁷ En relación con el régimen de penalidades que se establecía en la regulación anterior, que penaba únicamente la demora en la ejecución del contrato, J. SUAY RINCÓN, *La ejecución del contrato administrativo*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson- civitas, 2004, pág. 477, dice que: “ Desde el punto de vista del contratista, la preocupación básica del legislador es garantizar el cumplimiento de los plazos establecidos. Por paradójico que parezca, y como acaba de apuntarse, ello tiene por objeto evitar que tal situación precisamente llegue a producirse.”.

¹⁸⁶⁸ Esta posibilidad aparece expresamente recogida en el artículo 64.2 de la Ley.

¹⁸⁶⁹ Debe advertirse que el legislador utiliza el término “presupuesto”, en vez del de “precio” que es el que usa para referirse a la imposición de penalidades en el caso de demora (art. 212.4 TRLCSP). Esta diferencia nos hace concluir que mientras que en caso de las penalidades por demora se toma como base el precio de adjudicación del contrato; en el del incumplimiento de obligaciones esenciales la base para el cálculo de las

Para la imposición de las penalidades deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 212.8 del TRLCSP, que se comentará en otro momento.

Tratamiento jurídico de la demora en la ejecución del contrato: El tratamiento jurídico de la demora en la ejecución del contrato, comienza con el establecimiento de dos obligaciones en relación con los plazos, para el contratista, las mismas consisten en la obligación que tiene de cumplir los plazos totales y parciales de ejecución del contrato. Después el legislador establece una especialidad con respecto a la contratación civil, consistente en que la constitución en mora no precisa intimación por parte de la Administración¹⁸⁷⁰.

Para analizar la mora en la ejecución del contrato, creo que la manera más correcta consiste en diferenciar entre unos plazos totales y otros parciales.

- 1) Incumplimiento de los plazos totales: En el caso de que se produzca un incumplimiento culpable del plazo total de ejecución del contrato. La Administración dispone de una doble opción¹⁸⁷¹, o bien puede resolver el contrato, o bien puede optar por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por 1.000 euros de precio del contrato¹⁸⁷²; el órgano de contratación podrá acordar la inclusión de en el pliego de cláusulas administrativas particulares de penalidades distintas, cuando atendiendo a las especiales características del contrato, se considere conveniente para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente¹⁸⁷³.

penalidades es el presupuesto base de licitación. Ya que con los términos indicados se está haciendo referencia a dos estadios diferentes.

¹⁸⁷⁰ Esta especialidad la establece el artículo 212.3 de la Ley, mientras que la regla general que establece el Código civil aplicable a los contratos que no tienen la naturaleza de administrativos se encuentra contenida en el artículo 1.100 que dice que: “Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación”.

¹⁸⁷¹ J. SUAY RINCÓN, *La ejecución del contrato...*, op. cit. pág. 480, dice que: “La decisión se configura con carácter alternativo y en términos de una opción libre y voluntaria, que la Administración ejercita en función de las circunstancias y de sus propios intereses.”.

¹⁸⁷² El informe 61/1996, de 18 de diciembre de la JCCA, dice que: “La escala de penalidades debe determinarse sobre el precio de adjudicación del contrato y no sobre el precio de licitación.”.

¹⁸⁷³ Así lo dice el artículo 212.4 de la Ley.

Cada vez que las penalidades alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, el órgano de contratación dispone de la doble opción comentada.

- 2) Incumplimiento de los plazos parciales: Cuando se produzca un incumplimiento culpable de los plazos parciales de ejecución del contrato, la Administración tiene la doble opción de resolver el contrato o imponer las penalidades que se establezcan en el pliego¹⁸⁷⁴. Cuando las penalidades lleguen al 5 por ciento del precio del contrato la Administración dispone nuevamente de esa opción, cuando así lo disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares o se presuma que con la demora se incumplirá el plazo total.

Por último se debe indicar que para la imposición de penalidades, tanto por incumplimientos como por demora, se contienen una serie de precisiones en el artículo 212.8 del TRLCSP, que dice que:

“8. Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.”.

b. *Resolución por demora y prórroga de los contratos*: Ambas cuestiones aparecen reguladas en el artículo 213 del TRLCSP.

En el caso de la resolución del contrato por demora, será necesario que se tramite un expediente contradictorio con audiencia del contratista, siendo necesario que se solicite dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando la resolución se haga con oposición del contratista.

¹⁸⁷⁴ Así lo dispone el artículo 212.7 de la Ley. J. SUAY RINCÓN, *La ejecución del contrato...*, op. cit. pág. 478, dice que: “La previsión es lógica: los contratos administrativos pueden llegar a ser contratos de larga duración y el incumplimiento de los plazos parciales puede constituir un indicio de que la ejecución no marcha por el buen camino.”.

Sobre la prórroga de los contratos: Hay que decir que en aquellos casos en los que la demora no se deba a un incumplimiento culpable del contratista, éste puede pedir a la Administración una prórroga de los plazos que por lo menos deberá ser igual al tiempo perdido, salvo que el contratista solicite un plazo menor.

2. Fragmentos de la ejecución¹⁸⁷⁵.

En el presente apartado será objeto de análisis el capítulo III, del título I, del libro IV de la LCSP, que lleva por rúbrica “Ejecución de los contratos”, abarcando los artículos 212 a 218 de la Ley.

b.2.1. Indemnización de daños y perjuicios: A la indemnización de daños y perjuicios dedica el TRLCSP su artículo 214.

Consideraciones generales: El contratista tiene la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que cause durante la ejecución del contrato (artículo 214.1¹⁸⁷⁶ de la Ley), salvo en aquellos casos en los que los daños se deban a una orden directa e inmediata de la Administración, siendo en estos supuestos ésta la que debe responder de los daños que se hayan causado durante la ejecución (artículo 214.2¹⁸⁷⁷ TRLCSP).

Intervención medial de la Administración: Cuando, como consecuencia de la ejecución del contrato, se causan daños a terceros la Administración tiene una intervención medial; en este caso los terceros que sufren el perjuicio pueden dirigirse al órgano de contratación, que asume una función medial o arbitral, correspondiéndole dilucidar quién responde de los daños que se le han causado al tercero.

¹⁸⁷⁵ Bajo la rúbrica fragmentos de la ejecución, pretendo referirme a una serie de cuestiones que pueden producirse durante la ejecución de un contrato y cuyo encuadre sistemático nos resulta complicado, por el eso el término fragmentos.

¹⁸⁷⁶ El artículo 214.1 de la Ley, dice que: “Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.”.

¹⁸⁷⁷ El artículo 214.2 de la Ley, señala que: “Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalado en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.”.

Polémica doctrinal y solución dada por el legislador: SUAY RINCÓN, J. ha abordado el problema de la indemnización de daños y perjuicios, destacando que en torno a la misma ha surgido una polémica o duda, en concreto, se ha planteado si nos encontramos ante un régimen dual para exigir la indemnización o si por lo contrario debe responder la Administración, debiendo repetir luego contra el contratista¹⁸⁷⁸.

Más allá de esta polémica doctrinal, creo que la voluntad del legislador es clara en este punto, como se deduce de lo establecido en el artículo 214.4 del TRLCSP, precepto que se reproduce por su interés:

“La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”.

Del precepto transcrito parece que el legislador se inclina por la primera opción comentada, esto es por la dualidad de regímenes procesales, que parece que es la que tiene un mejor acomodo dentro de nuestro sistema jurídico¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁸ J. SUAY RINCÓN, *La ejecución del contrato...* op. cit, pág. 500, dice que: “...la duda fundamental se plantea al tratar de determinar el alcance de estas previsiones legales, esto es, al tratar de determinar si, como parece, éstas tienen por objeto establecer realmente un régimen dual y separado de responsabilidad, de manera que el tercero perjudicado ha de recurrir contra el contra el contratista, ante el juez civil conforme a las reglas ordinarias de la responsabilidad extracontractual, en primer supuesto, y contra la Administración, ante los tribunales contencioso-administrativos con base en el régimen especial previsto para la responsabilidad patrimonial de aquélla, en el segundo supuesto.”.p.g. 501dice que: “ ...la hipótesis contraria consistiría en afirmar que el artículo 97.1 y 2 de la LCAP (ahora 198 de la LCSP) opera sólo a efectos internos y no pretende sino establecer las reglas para la distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración, pero ello no impide al tercero perjudicado dirigirse directamente contra éste, con base en la cláusula general de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, a fin de exigirle el pago de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que luego ésta pueda a su vez reclamar el importe de la citada indemnización al contratista.”.

¹⁸⁷⁹ En concreto citamos el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, que dice que: “ Se seguirán los procedimientos previstos en los Capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados por terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.”.

b.2.2. *Principio de riesgo y ventura*¹⁸⁸⁰: Este principio aparece proclamado en el artículo 215 del TRLCSP, que dice que¹⁸⁸¹:

“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado¹⁸⁸².”.

Los profesores VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.¹⁸⁸³, citan una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1987, en la que se resume el significado y sentido del principio de riesgo y ventura¹⁸⁸⁴, dicen que:

¹⁸⁸⁰ Una aplicación práctica del principio de riesgo y ventura la encontramos en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 60/2008, de 31 de marzo de 2009, que incluye dentro de los riesgos normales de la actividad empresarial a la huelga, debiendo soportar el empresario sus efectos económicos.

¹⁸⁸¹ Se trata de un principio que no le es ajeno a los órganos comunitarios, en este sentido, S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *La contratación* ..., op. cit., pág. 209, dice que: “El principio de riesgo y ventura está también recogido en los pliegos generales de condiciones, concretamente en las disposiciones complementarias aplicables a los contratos de suministros y de obras; de este modo, considerando la práctica jurisprudencial que hace primar el contenido de los pliegos de condiciones, poco valor resta a la regulación que pudiera disponer en otro sentido la “legislación nacional reguladora del contrato.”.”.

¹⁸⁸² Una aplicación práctica del principio de riesgo y ventura la encontramos en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 56/2008, de 31 de marzo, que dice que: “Así, tratándose de un contrato de servicios, rige la aplicación del principio de riesgo y ventura sin limitación alguna por cuanto el legislador no permite al órgano de contratación incluir en los pliegos cláusulas de cláusulas administrativas particulares ninguna causa que minore o modifique tal opción, siendo en consecuencia obligación del contratista efectuar las reparaciones y, en su caso, la sustitución de elementos dañados debiendo soportar a su cargo cuantos gastos se generen por tal motivo, obligación que en el supuesto que se plantea se especifica en el pliego, en la consideración de que, como señala el artículo 193 de la Ley, sobre vinculación al contenido contractual, los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas, y es evidente que el contratista cuando concurrió a la licitación conocía perfectamente el pliego de cláusulas administrativas particulares y su alcance y fue aceptado por el mismo en los términos establecidos en el artículo 129.”.

¹⁸⁸³ J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *El principio de riesgo y ventura*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, 2004, *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson- Civitas, segunda edición.

¹⁸⁸⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 2, 1950, pág. 84, dice que: “El sentido del “riesgo y ventura” consistirá justamente en la exclusión de la fuerza mayor como causa justificante del contratista, contradiciendo el principio del art. 1105 del Código civil; tal régimen se configuraría, pues, como un supuesto generalizado de praestando casus.”.

“Por riesgo y ventura en la contratación ha de entenderse que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, como dijo la STS de 29 de enero de 1982, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes y ello elimina lo que provenga de su propio actuar.”.

El motivo que justifica el establecimiento de este principio de riesgo y ventura, ha sido encontrado por los dos autores citados anteriormente, y no es otro que la Administración no puede comprometerse a algo para lo que no dispone de créditos presupuestarios¹⁸⁸⁵.

*b.2.3. Pago del precio*¹⁸⁸⁶: La principal obligación que tiene el contratista consiste en ejecutar el contrato que ha suscrito respetando los términos en los que se ha pactado, la contraprestación que le corresponde recibir por la ejecución del contrato es el abono de la prestación realizada¹⁸⁸⁷, siendo esta la principal obligación de la Administración¹⁸⁸⁸.

Formas de pago del precio: El siguiente paso en el análisis que estamos realizando del pago del precio lo debemos dar aludiendo a las formas de pago. De estas formas, se ocupa el artículo 216.2 de la Ley, y en base al mismo se pueden distinguir las siguientes formas de pago: pudiendo hacerse de manera total, de manera parcial, mediante abonos a cuenta; y en los contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

El abono de las operaciones preparatorias: El abono de las operaciones preparatorias es una cuestión que se aborda en el artículo 216.3 del TRLCSP.

¹⁸⁸⁵ J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *El principio de riesgo...*, op. cit. pág. 527.

¹⁸⁸⁶ Acerca del pago del precio A. ARROYO DE LAS HERAS, *Cuestiones prácticas en torno a los derechos que asisten al contratista cuando la Administración Pública se demora en el pago del precio fijado contractualmente*, Boletín Aranzadi Administrativo núm. 1/2002, 2002, dice que: “Las empresas que frecuentemente contratan con las Administraciones Públicas están habituadas a sufrir el retraso en el pago del precio estipulado en el contrato administrativo.”.

¹⁸⁸⁷ El artículo 216.1 de la Ley, dice que: “1. El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.”.

¹⁸⁸⁸ J. LEGUINA VILLA, *La extinción de los contratos*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson- Civitas, segunda edición, 2004, pág. 680, dice que: “La obligación principal de la Administración consiste en pagar el precio convenido...”.

Lo primero que se tiene que hacer es delimitar que se debe entender por operación preparatoria susceptible de abono, en este sentido, considero que se tratarían de aquellas operaciones previas a la ejecución del contrato de que se trate que sean imprescindibles para su correcta ejecución. Se justifica a mi entender una previsión de este estilo, en el hecho de que hay contratos que requieren una inversión inicial fuerte por parte del contratista, inversión que se tarda mucho tiempo en compensar, por ese motivo se regulan este tipo de abonos.

El abono de las operaciones preparatorias debe producirse en las condiciones establecidas en el pliego, previa la constitución de garantía.

Momento del pago: En el apartado cuarto del artículo 216 del TRLCSP, se hace referencia a un momento esencial para proceder al pago del precio, que no es otro que el momento en el que el pago debe producirse. El pago deberá producirse dentro de los sesenta días siguientes a la expedición de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Consecuencias de exceder el plazo de los sesenta días: En aquellos casos en los que la Administración se exceda en el pago de los sesenta días señalados anteriormente, deberá abonar al contratista los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La demora cualificada en el pago: Llamamos demora cualificada en el pago del precio, aquella que es superior a los cuatro y a los ocho meses. Cuando la demora alcanza los cuatro y los ocho meses, la Ley concede al contratista una facultad, en función del plazo transcurrido. Cuando se excede de los cuatro meses, el contratista puede suspender el cumplimiento del contrato debiendo comunicarlo a la Administración, con un mes de antelación (artículo 216.5 del TRLCSP). Cuando el retraso en el pago sea superior a los ocho meses, el contratista puede resolver el contrato y exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le han causado (artículo 216.6¹⁸⁸⁹ del TRLCSP).

¹⁸⁸⁹ En este sentido es interesante la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), enmienda núm. 272, al proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, mediante la citada enmienda propone una reducción del plazo citado situándolo en los seis meses, el motivo es que la demora en el pago

Embargo de los abonos a cuenta: El legislador se ocupa de este tema en el artículo 216. 7 del TRLCSP, que dice que:

“7. Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan de la ejecución del contrato, solo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:

- a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.
- b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.”.

De esta forma el legislador se preocupa de evitar que se produzca un embargo de las cantidades abonadas para satisfacer obligaciones que tiene asumidas el contratista, y que no se encuentran vinculadas con la ejecución del contrato de que se trate.

Posibilidad de reducción de los plazos por parte de las Comunidades Autónomas: Se debe advertir que los plazos establecidos en los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo 216 de la Ley que se acaba de comentar, tienen la consideración de plazos máximos para las Comunidades Autónomas, las cuales pueden reducirlos haciendo uso de la facultad que las confiere el artículo 216.8 de la Ley.

La compensación como sistema de pago: Creo que resulta interesante aludir a una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de LCSP, y que finalmente no fue aceptada, por medio de la misma se proponía introducir un apartado nueve al precepto comentado que hiciera referencia expresa a la compensación como sistema de pago¹⁸⁹⁰. El hecho de que la LCSP no haga referencia expresa a la

provoca importantes perjuicios a las empresas, especialmente a las PYMES, que deben hacer frente a los gastos producidos.

¹⁸⁹⁰ Enmienda núm. 90, de adición, proponía que el artículo 200, tuviera un apartado noveno con la siguiente redacción: “9. Las deudas contractuales previstas en las certificaciones de obras o documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, podrán extinguirse total o parcialmente mediante la compensación con otros créditos que la Hacienda Pública tenga reconocidos frente al contratista.”, la justificación de este precepto se encuentra en el artículo 1.195 del Código Civil que establece como una de las formas de extinción de las obligaciones la compensación, pero siempre y cuando dos personas sean, por derecho propio, recíprocamente acreedora y deudora la una de la otra. La Ley General Tributaria en su Exposición de Motivos admitió la compensación como una de las medidas “que facilitan o reducen las obligaciones a cargo de los sujetos pasivos.”.

compensación, no impide que se haga uso de este sistema para extinguir las obligaciones del contrato, ya que su uso se encuentra amparado por los artículos 1.156 y 1.195 del Código civil.

b.2.4. Transmisión de los derechos de cobro: La transmisión de los derechos de cobro, que aparece regulada en el artículo 218 del TRLCSP, es una facultad que no siempre ha estado permitida por el ordenamiento jurídico¹⁸⁹¹, sin embargo las graves consecuencias prácticas que conlleva su prohibición¹⁸⁹² ha supuesto que esta posibilidad se encuentre permitida por el citado precepto.

Por otro lado, el artículo 218.1¹⁸⁹³ de la Ley permite la cesión de los derechos de cobro, siempre que la misma sea conforme a derecho, para que la cesión sea efectiva frente a la Administración será requisito imprescindible la notificación fehaciente, circunstancia esta que también es exigible para las sucesivas cesiones.

La consecuencia de la cesión aparece recogida en el artículo 218.4¹⁸⁹⁴ del TRLCSP, consistiendo en que el mandamiento de pago debe ser expedido a favor del cesionario.

¹⁸⁹¹ J. GARÍA DE ENTERRÍA, *La transmisión de los derechos de cobro*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson- Civitas, segunda edición, 2004, pág. 561, dice que: “Históricamente, no siempre se ha permitido la transmisión por parte de los contratistas de sus derechos frente a la Administración por el pago de obras o suministros realizados. La dogmática y extrema consideración de los contratos administrativos como contratos de resultado, que sólo podían entenderse jurídicamente cumplidos cuando la obra o servicio hubiese sido ejecutado en su integridad, y la expresa limitación de la legitimación para el cobro de las certificaciones de obra al contratista o “a persona legalmente autorizada por él” (Pliego de Condiciones Generales de 1903), comportaron en una primera fase la inalterabilidad casi absoluta de las posiciones ocupadas en la relación contractual originaria y, con ello, la indisponibilidad de los derechos de crédito que fuesen surgiendo frente a la Administración.”.

¹⁸⁹² J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La transmisión de los derechos...*, op. cit. pág.561, dice que: “Sin embargo, las gravosas consecuencias prácticas que de esta regla podían derivarse, por la imposibilidad en que venían a encontrarse los contratistas de movilizar sus derechos de crédito para atender a los gastos corrientes y ordinarios de la empresa, llevaron con el tiempo a la propia Administración a contemplar y a propiciar la cesión de las certificaciones de obra (RD de 29-9-1911), básicamente como instrumento de financiación del que podrían servirse los empresarios para mitigar los inconvenientes que suele reportarles cualquier demora en el pago de los contratos por parte de los organismos públicos.”.

¹⁸⁹³ El artículo 201.1 de la LCSP, dice que: “Los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a Derecho.”.

¹⁸⁹⁴ El artículo 218.4 de la Ley, dice que: “Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga

Por último, cabe aludir a una interesante pregunta que se hace GARCÍA DE ENTERRÍA, J., la misma consiste en dilucidar si puede la Administración negarse legítimamente a pagar al cesionario alegando hechos o circunstancias que se produzcan en la relación jurídica fundamental o subyacente que mantiene el contratista; a esta cuestión responde el citado autor afirmativamente, debido a que la cesión no afecta a la relación jurídica fundamental¹⁸⁹⁵.

C. Cesión y Subcontratación.

Deben analizarse, en este apartado, dos figuras que pueden tener una extraordinaria importancia a lo largo de la vida del contrato, con las mismas se afecta al elemento subjetivo del vínculo cambiándolo¹⁸⁹⁶ en una de ellas, o permitiendo una colaboración en la ejecución en la otra¹⁸⁹⁷.

También me gustaría recordar que el objeto del presente trabajo es el análisis de la figura del contrato del sector público de servicios, por ese motivo no solamente se debe hacer referencia a la regulación de las dos figuras cuando el contrato es administrativo, esto es suscrito por una Administración pública; sino cuando el contrato es suscrito por cualquier otro ente del Sector Público que no tiene la consideración de Administración.

C.1. Cesión:

en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios.”.

¹⁸⁹⁵ J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La transmisión de los derechos...*, op. cit. pág. 571, dice que: “....La regla ordenadora de esta materia en nuestro ordenamiento es la preservación o inalterabilidad de la situación jurídica del deudor cedido, que no puede verse perjudicado de resultados de la cesión y que, en consecuencia, podrá negarse a cumplir (o a cumplir por una cantidad distinta) en aquellos supuestos en que no tendría que haberlo hecho frente al cedente.”.

¹⁸⁹⁶ Este es el caso de la cesión en el que se produce un cambio de contratista de la Administración. En este caso se opera, siguiendo terminología civil, una novación subjetiva en el contrato. Con las consecuencias que lo anterior implica, esto es cambio del responsable en la ejecución del contrato.

¹⁸⁹⁷ Mediante la subcontratación, el contratista principal busca la colaboración en la ejecución del contrato. Aquí el contratista principal busca una colaboración con otras empresas, con las que colabora para cumplir con sus obligaciones. El uso esta figura, cada vez es más frecuente.

C.1.1. Concepto de cesión: El ordenamiento jurídico vigente admite la cesión de los contratos administrativos¹⁸⁹⁸, salvo en aquellos casos en los que las cualidades técnicas o personales del cedente han sido las que han determinado la adjudicación del contrato.

Es posible definir la cesión, con los profesores LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA y otros, como el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que en el contrato ocupa¹⁸⁹⁹.

Como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de las próximas líneas, para la cesión se requieren tres voluntades concurrentes, por ese motivo se puede calificar de contrato plurilateral.

C.1.2. Aspectos sustantivos y formales de la cesión: Para que se produzca la cesión del contrato administrativo de servicios, se exigen unas mayores cautelas que para cuando esa cesión se realiza por un ente del sector público que no tiene la consideración de Administración a los efectos de lo establecido en el TRLCSP.

Los aspectos sustantivos y formales que se requieren para que la cesión del contrato administrativo sea ajustada a derecho, aparecen recogidos en el artículo 226.2 de la Ley, en concreto se exige:

1. Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa la cesión.
2. Que el cedente haya ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de gestión de un servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del contrato.
3. Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

¹⁸⁹⁸ El artículo 226.1 de la Ley, dice que: “Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero....”.

¹⁸⁹⁹ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág. 525.

4. Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

No se puede dejar pasar la ocasión de hacer referencia a la cesión de los contratos del sector público de servicios que no son administrativos, que por no concertarse por una Administración, tienen la consideración de contratos privados.

Cuando los contratos sean privados la cesión puede operar en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo el único requisito que exige el Código civil que la acuerden todos los que son o van a ser parte en el contrato¹⁹⁰⁰.

Entiendo que la cesión deberá formalizarse por escrito, debido al carácter formal que tiene la contratación del sector público, como dice el artículo 28¹⁹⁰¹ TRLCSP y en base al artículo 1.280 del Código civil. También considero que el nuevo contratista deberá acreditar su solvencia en los mismos términos que lo hizo el anterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 54 y sig.¹⁹⁰² del TRLCSP.

C.1.3. La cesión como sistema de vulneración del derecho comunitario de la contratación pública:

Introducción al problema: Se defiende que la cesión del contrato no produce una novación extintiva del mismo, no dando lugar al nacimiento de un nuevo contrato, añadiéndose como

¹⁹⁰⁰ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág. 525, dicen que: “En el régimen del Código civil cualquier traspaso de una posición contractual, por voluntad de todos los afectados por ella, es válido en virtud del principio de autonomía de la voluntad....Pero propia cesión de contrato sólo hay, según la jurisprudencia, cuando a ella concurren todos los que en el contrato son o van a ser parte: el nuevo adquirente o cesionario de la posición contractual; el titular de dicha posición que la enajena (cedente); y la otra parte contratante...”.

¹⁹⁰¹ El artículo 28.1 de la LCSP, dice que: “1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1 carácter de emergencia.”.

¹⁹⁰² No debemos olvidarnos que la acreditación de la solvencia es un requisito imprescindible para poder contratar con los entes del Sector Público. Así lo dice el artículo 51 de la LCSP.

argumento a favor de la legalidad de la cesión que la oferta ganadora se respeta en todo caso¹⁹⁰³.

A mí me cuesta ver la cuestión con una visión tan nítida como la expuesta, sobre todo si se analiza desde la lente que ofrece al operador jurídico el ordenamiento comunitario, y los principios inspiradores del derecho comunitario regulador de la contratación pública. Se puede decir a modo de simplificación del problema, que lo que ocurre en la cesión de un contrato, es que se hace con el contrato un empresario que no ha competido en condiciones de igualdad por el contrato con otros licitadores, y sin ningún tipo de publicidad, conculcándose con ese acto tres principios informadores de la contratación pública que son el de igualdad de trato, el de no discriminación y el de transparencia¹⁹⁰⁴.

Lo que a mí entender ocurre en la cesión, es que el contratista se hace con el contrato, sin participar en ningún tipo de procedimiento de licitación, sino simplemente cumpliendo con una serie de formalidades impuestas por la Ley de Contratos en el caso de ser contrato administrativo, o por el Código civil en el caso de ser un contrato privado.

La clave, entiendo, no se debe buscar en el hecho de que se respete la oferta inicial¹⁹⁰⁵, sino en el sentido ya apuntado, esto es que un contratista se hace con la ejecución de un contrato sin participar en procedimiento de licitación alguno y sin ningún tipo de publicidad al respecto.

C.1.3.2) La cesión como nueva adjudicación: La interpretación del término adjudicación al que hacen referencia las normas que regulan la contratación pública en el ámbito comunitario, debe ser objeto de una interpretación finalista tendente a que mediante la

¹⁹⁰³ J. SUAY RINCÓN, *La ejecución del contrato...*, op. cit. pág. 511, dice que: “Los recelos tradicionales, sin embargo, se han visto superados una vez convenido que la cesión no produce una novación extintiva del contrato y consiguientemente, no da lugar a uno nuevo.” “Pero es que, a fin de cuentas, la oferta ganadora se respeta en todo caso.”.

¹⁹⁰⁴ Todos ellos recogidos en el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁹⁰⁵ Además el concepto de oferta inicial es voluble, ya que la misma se ve afectada por revisiones de precios, o modificaciones del objeto del contrato, prórrogas, que hacen que varíe con respecto al contrato inicialmente adjudicado.

misma se cumplan los objetivos que se han marcado las directivas¹⁹⁰⁶, de esta forma tendrán la consideración de nueva adjudicación, todas aquellas modificaciones del contrato que sean esenciales, teniendo esa condición las que sean capaces de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del poder adjudicador frente a otros posibles prestadores de servicios¹⁹⁰⁷.

Por lo tanto, lo que hay que dilucidar es si la cesión¹⁹⁰⁸ tiene la consideración de modificación esencial del contrato, y por lo tanto debe ser tratada como una nueva adjudicación.

Analizando un caso en el que una empresa transmite a una filial por ella creada un contrato de servicios, la Abogada General, Sra. KOKOTT, J. dice en sus conclusiones:” El cambio de prestador de servicios durante la vigencia del contrato público hace pensar, a priori, en una modificación esencial del contrato...(continúa diciendo)...No obstante, las especiales circunstancias del caso concreto pueden implicar que los cambios en la parte del contratista, de forma excepcional, no representen una modificación esencial del contrato. A este respecto debemos considerar dos supuestos: El primero de ellos se refiere a la incorporación de subcontratistas por el contratista de un adjudicador público....El segundo tipo de supuestos se refiere a *modificaciones organizativas de tipo meramente interno* por parte del contratista del adjudicador público....En ambos tipos de supuestos está garantizado que la modificación en la parte del prestador de servicios no cause ningún falseamiento de la competencia y, en consecuencia, no constituya una modificación esencial del contrato¹⁹⁰⁹”. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las reorganizaciones

¹⁹⁰⁶ En este sentido las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en el Asunto C 454/06, dice que: “Sin embargo, en último término la interpretación del concepto de adjudicación debe orientarse por los objetivos de la Directiva correspondiente. La coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objetivo suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y mercancías y proteger los intereses de los operadores económicos de otros Estados miembros. Se trata de evitar que los poderes públicos adjudicadores den preferencia a los licitadores o candidatos nacionales y que se guíen en la adjudicación de contratos por consideraciones que no tengan carácter económico.”.

¹⁹⁰⁷ Ver las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en el Asunto C 454/06.

¹⁹⁰⁸ Debemos advertir que la cesión del contrato es considerada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como una modificación del contrato, ver la Sentencia de 19 de Junio de 2008, Asunto C- 454/06.

¹⁹⁰⁹ Ver las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en el Asunto C 454/06.

internas no modifican los términos esenciales del contrato, y que por lo tanto no procede una nueva adjudicación¹⁹¹⁰.

Como se ve las instancias comunitarias admiten que se produzca una transmisión de un contrato de servicios a una entidad diferente a la que se le adjudicó inicialmente, siempre que la transmisión se deba a reestructuraciones internas. En el caso analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹¹¹, se transmite el contrato a una entidad que tiene una personalidad o forma jurídica diferente de la que inicialmente se hace con él, pero el Tribunal adopta una visión espiritualista trascendiendo a los hechos¹⁹¹² y advirtiendo que debajo del ropaje del primer adjudicatario y del segundo, al que se le cede el contrato, se encuentra la misma persona. Únicamente, en este supuesto excepcional, admite el Tribunal que se produzca la cesión del contrato a una entidad distinta de la que se le adjudicó inicialmente. A mayor abundamiento, se puede señalar que en el asunto tratado por el Tribunal en la Sentencia de 19 de junio de 2008, se producía la transmisión del contrato de una entidad (la adjudicataria) a una filial de la que poseía el cien por cien de las acciones; advertía el Tribunal en la Sentencia de que en el caso de producirse, durante el periodo de vigencia del contrato un cambio de accionariado entrando un tercero a participar en la nueva sociedad a la que se transmitió el contrato, en ese caso no se debería hablar de una reestructuración interna, sino de un cambio efectivo de contratante lo que constituiría una modificación esencial que debería dar lugar a una nueva adjudicación¹⁹¹³.

¹⁹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008, Asunto C- 454/06, dice que: “Tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.”.

¹⁹¹¹ Nos referimos al caso analizado por el Tribunal, en el Asunto C- 454/06.

¹⁹¹² Los hechos son claros, se transmite el contrato a una persona jurídica distinta de la que se le adjudica inicialmente. Produciéndose una novación subjetiva que afecta, nada más y nada menos que al adjudicatario, pudiendo hacerse con el contrato una entidad que no compitió por él.

¹⁹¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008, Asunto C- 454/08, dice el Tribunal que: “Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el periodo de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituirá en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.”.

En el ámbito comunitario, como se ha visto, se alude a un término que implica modificación esencial del contrato y que por lo tanto debe dar lugar a una nueva adjudicación del contrato, este término es el de “cambio efectivo de contratante”.

En base a lo expuesto, toda cesión del contrato que haga el contratista al que se le adjudicó inicialmente a una entidad sobre la que no dispone un control total¹⁹¹⁴, debe ser calificada como un cambio efectivo de contratante y por lo tanto contraria al derecho comunitario, por vulnerarse los tres principios anteriormente citados esto es los de igualdad, no discriminación y transparencia¹⁹¹⁵, esta interpretación del régimen jurídico de la cesión sería conforme con el derecho regulador de la contratación pública¹⁹¹⁶. Como bien sabemos, las interpretaciones del derecho regulador de la contratación pública deben ser tendentes a garantizar la realización de los objetivos marcados por el derecho comunitario.

C.2) La subcontratación.

1) Consideraciones generales: Mediante la subcontratación el contratista principal abre el contrato a empresas que no han participado en la adjudicación, se trata de una forma de colaboración en la ejecución del contrato de que se trate. La subcontratación afecta, en cierto modo, a las condiciones subjetivas del contrato ya que un subcontratista diferente del

¹⁹¹⁴ Para ver que debemos entender por control total, en el derecho comunitario, podemos acudir a las consideraciones realizadas sobre las operaciones “in house”; como propone la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en el Asunto C 454/06.

¹⁹¹⁵ Como ya hemos visto estos tres principios se recogen en el considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁹¹⁶ T. MILLETT, *El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, Foro de Estudios Europeos de Murcia, edita Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 95, 2006, pág. 129, dice acerca del principio de interpretación conforme que: “Se trata del principio de que la ley nacional debe interpretarse de conformidad con la letra y los objetivos de la directiva pertinenteDe ello se desprende que al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 249 del Tratado...(continúa diciendo)... Además, lo más relevante de la sentencia Marleasing (Sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing SA/ La Comercial Internacional de Alimentación SA, C- 106/89) es que exige al juez nacional que aplique la interpretación conforme incluso a las disposiciones nacionales anteriores a la directiva.”.

contratista principal asume, frente al contratista principal, la obligación de ejecutar parte del contrato¹⁹¹⁷.

Dentro de la subcontratación distinguiremos la existencia de dos sujetos, el contratista principal, que es el que resulta adjudicatario del contrato; y el subcontratista, que es el que asume la obligación de colaborar con el contratista principal ejecutando parte del objeto del contrato.

La subcontratación, constituye una posibilidad que el ordenamiento jurídico reconoce al contratista principal, posibilidad amparada a su vez por el derecho comunitario regulador de la contratación pública¹⁹¹⁸, y que tiene por objeto permitir la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado de los grandes contratos públicos¹⁹¹⁹, que como sabemos es un mercado que parece reservado a las grandes empresas.

2) *Concepto de subcontrato*: Antes de entrar en el análisis de la figura del subcontrato, hay que dar una definición de esta modalidad con el fin de orientar las explicaciones. En el sentido señalado, cabe definir al subcontrato, con LÓPEZ VILAS como: “Aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar

¹⁹¹⁷ J.M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, *Aspectos jurídico públicos de la subcontratación administrativa*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 443, 2000, dice que: “Para García- Trevijano Carnica, en la subcontratación no se produce la sustitución jurídica del contratista (como ocurre en la cesión del contrato), sino que se trata únicamente de una sustitución material parcial. No se produce alteración alguna en la posición jurídica del contratista respecto del contrato principal celebrado con la Administración.”.

¹⁹¹⁸ Son reveladoras las conclusiones realizadas por la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en el Asunto C-454/06, cuando dice que: “...la incorporación de subcontratistas por el contratista de un adjudicador público. Para no restringir de forma excesiva el círculo de posibles prestadores de servicios, la Directiva 92/50 prevé expresamente la posibilidad de que la entidad adjudicadora permita la adjudicación de contratos a terceros. Es característico de este tipo de supuestos que al contratista principal le corresponda, aun después de la concesión de la subcontrata, la plena responsabilidad por la ejecución del contrato de servicios en su conjunto o, al menos, la responsabilidad conjunta.”.

¹⁹¹⁹ El considerando 32 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “Con el fin de favorecer el acceso de pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación.”. Y así lo prevé el artículo 25 de la citada directiva, cuando dice que: “En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de las responsabilidades del operador económico principal.”.

personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte¹⁹²⁰.”.

Como se ha señalado, tanto la cesión como la subcontratación afectan a las condiciones subjetivas del contrato, por ese motivo, considero necesario delimitar claramente ambas figuras, evitando de esta manera confusiones no deseadas. Explica C. MONTES que: El subcontrato se distingue de la cesión en que mientras aquél genera un nuevo derecho, la cesión supone la transferencia al cesionario del mismo derecho que pertenece al cedente, y como consecuencia, mientras ésta, por dar lugar a una sucesión traslativa, releva al cedente de los efectos jurídicos derivados del contrato cedido, aquél, que provoca una sucesión constitutiva, deja inalteradas las relaciones que nacieron del contrato base. La cesión de contrato ocasiona la sustitución de una de las partes originarias; el subcontrato, por el contrario, mantiene el contrato entre las partes que inicialmente lo concluyeron.¹⁹²¹”.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra para el caso de los contratos administrativos una previsión legal expresa que habilita a la subcontratación en el artículo 227.1 del TRLCSP, que dice que:

“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de las prestaciones, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.”.

Por lo que respecta a la subcontratación, en el contrato del sector público de servicios, que tenga la consideración de contrato privado, debe regirse por las estipulaciones del Código civil. Añadir que en ningún caso será posible la subcontratación de las obligaciones que sean personalísimas.

¹⁹²⁰ Esta definición la encontramos en el libro de J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones volumen primero*, op. cit. pág. 528.

¹⁹²¹ Esta distinción la encontramos en el libro de J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones ...*, op. cit. pág. 529.

3) *Límites a la subcontratación*: Cuando se trate de un contrato administrativo, los límites son los siguientes:

- Los límites que se establezcan en el contrato o en los pliegos (artículo 227.2.a TRLCSP).
- Cuando por su naturaleza se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario (artículo 227.1 TRLCSP).
- No se puede subcontratar con personas inhabilitadas o incursas en alguno de los supuestos que establece el artículo 60 TRLCSP.

Con respecto a los contratos de servicios que tengan la condición de contratos privados, entiendo que les afectan las siguientes prohibiciones:

- 3) No pueden subcontratarse las prestaciones que sean personalísimas, debido al carácter *intuitus personae* que presentaría el contrato en este caso.
- 4) El siguiente límite resulta más dudoso, consistiría en que no se podría subcontratar con todos aquellos subcontratistas que se encontraran inmersos en alguna de las causas prohibición que establece el artículo 60.1 del TRLCSP. Como sabemos, las causas de prohibición que establece el artículo 60.1.1 del TRLCSP se refieren a los contratistas del sector público, no a los subcontratistas. De hecho, en el caso de los contratos administrativos para hacer expansiva esa previsión a los subcontratistas el legislador ha incluido una disposición expresa al efecto¹⁹²². Pero creo que admitir la posibilidad de que en el supuesto de contratos privados de servicios, se pueda subcontratar con contratistas que se hallen inmersos en causas de prohibición, atenta contra el espíritu de la Ley, constituyendo un fraude de Ley¹⁹²³.

Parece pues que, en este caso, son admisibles dos interpretaciones, la primera, consistiría en entender que la ausencia de previsión expresa por parte del legislador acerca de la aplicación de las causas de prohibición a los subcontratistas es

¹⁹²² En concreto en el artículo 227.5 de la Ley.

¹⁹²³ El artículo 6.4 del Código civil, dice que: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”.

intencionada, en cuyo caso, cuando se trate de contratos privados de servicios sí que es jurídicamente viable la subcontratación con personas inmersas en causas de prohibición; y la segunda, consistiría en realizar una interpretación finalista del artículo 60.1 de la Ley, creo que las prohibiciones del artículo 60.1 del TRLCSP también afectan a los subcontratistas. Me inclino por esta segunda interpretación del precepto, ya que lo contrario sería tanto como abrir la puerta de atrás de la contratación pública a aquellos que no pueden contratar con el sector público, aniquilándose todas las prohibiciones establecidas por el simple hecho de que se acceda a la ejecución del contrato, mediante la colaboración con el contratista principal, circunstancia esta que resulta inaceptable.

Más clara ha sido la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, que establece la posibilidad de atribuir, por medio del pliego de cláusulas administrativas particulares, la facultad de rechazar a los subcontratistas seleccionados por el licitador, cuando los mismos no cumplan con las condiciones de solvencia o aptitud exigidas para el contratista principal (artículo 62 de la Ley 24/2011). Con esta medida el legislador ha positivizado un mecanismo que permita impedir que la subcontratación se convierta en la puerta de atrás para el acceso a los contratos del sector público, evitando que contratistas que no disponen de capacidad puedan asumir la ejecución de un contrato.

4) *Requisitos para subcontratar con la Administración:* Estos requisitos aparecen enumerados en el apartado 2 del artículo 227 de la Ley, que dice que:

“2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que vaya a encomendar su realización¹⁹²⁴.

¹⁹²⁴ Como antecedente de esta previsión podemos citar el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE, que dice que: “En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.”.

b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato se ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes de las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta el porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de comercio.”.

5) Consecuencias del incumplimiento de los requisitos del artículo 227.2 de la Ley: A estas consecuencias alude el artículo 227.3 del TRLCSP, pudiendo dar lugar el

incumplimiento de los requisitos señalados a la imposición al contratista de una penalidad de hasta el 50 por ciento del importe del contrato.

6) Efectos de la subcontratación: Dentro de la subcontratación se advierte la existencia de dos relaciones jurídicas, una relación jurídica principal y previa que es la que nace con la adjudicación del contrato; y otra secundaria, que es la que se establece entre el contratista principal y el subcontratista.

El legislador, ha estimado oportuno, que el hecho de que el contratista principal quiera pedir colaboración al subcontratista, no debe afectar a la relación jurídica principal que mantienen la Administración y el contratista principal; así lo dice expresamente el artículo 227.4 del TRLCSP, que dice que:

“4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.”.

7) Imposición de la obligación de subcontratar: Como ya ha quedado señalado anteriormente, una de las finalidades de la subcontratación es permitir el acceso de las PYMES al mercado de la gran contratación pública; tampoco debemos olvidarnos que actualmente los contratos del sector público se conciben de una manera transversal, esto supone que mediante los mismos se puede buscar la consecución de objetivos medioambientales o sociales¹⁹²⁵. Parece lógico que en momentos de crisis económica o en determinados sectores de la actividad productiva en los que interviene la Administración, se imponga la obligación de subcontratar como medida de fomento del empleo o de una determinada actividad empresarial. Se pueden citar como razones que obligan a la subcontratación de prestaciones, también otros tipos de razones que pueden ser técnicas o logísticas.

¹⁹²⁵ En este sentido el considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE, dice que: “...En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medioambiente.”.

El legislador consciente de la dimensión transversal de la contratación pública, y de la realidad del mundo empresarial en el que no se da una autosuficiencia de medios, sino que las empresas acuden a subcontratistas para completar parte de sus procesos productivos. Establece en el artículo 227.7 de la Ley la posibilidad de imponer la subcontratación del 30 por ciento del presupuesto del contrato, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- 1) Que las prestaciones gocen de sustantividad propia dentro del contrato, que las haga susceptibles de ejecución separada.
- 2) Que tengan que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional.
- 3) Que las prestaciones puedan atribuirse a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

En este caso la subcontratación, no constituye ya una opción del contratista, sino una obligación que nace del propio contrato, y que le impone la Administración por razones diversas.

8) *Pagos a subcontratistas y suministradores:* A los pagos a subcontratistas y suministradores dedica la Ley el artículo 228, que dice que:

- “1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.
2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para la relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.
3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberá formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.
4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y a la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.”.

En relación con los pagos a los subcontratistas y suministradores, se plantea, un problema debido a que el cómputo del plazo en el que se tiene que proceder al pago por parte del contratista principal se vincula a la fecha de aprobación de la factura¹⁹²⁶. Pero el contratista principal necesita dinero en caja para proceder al pago de las facturas a los subcontratistas y suministradores, dinero que obtendrá de los abonos que le haga la Administración principalmente, por ese motivo cuando la Administración se retrase en el pago, el contratista principal no puede alegar ese retraso para no hacer frente a las obligaciones que ha asumido con los subcontratistas y suministradores. Es cierto que puede establecer, al amparo de lo dispuesto en el artículo 228.5 del TRLCSP plazos superiores de pago, pero los mismos le supondrán un coste sobreañadido y tampoco parece claro que pueda condicionarlos al abono por la Administración de las correspondientes certificaciones.

La solución que el ordenamiento jurídico ofrece al contratista principal, consistiría en reclamar los daños que el retraso le hubiera ocasionado a la Administración en base a lo dispuesto en el Título X de la LRJ-PAC.

C.3. Extinción del contrato.

¹⁹²⁶ Así lo dice el artículo 228.2 del TRLCSP, ya transcrito.

El presente apartado del trabajo lo he dedicado al análisis de la extinción del contrato de servicios. A tal efecto se debe distinguir entre, una forma normal de extinción del contrato, que es el cumplimiento¹⁹²⁷, y otra forma anormal de extinción que es la resolución.

Hay que advertir en esta introducción sumaria, que la resolución constituye una potestad que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración como expresamente proclama el artículo 210¹⁹²⁸ de la Ley, por lo demás se trataría de una manifestación más del privilegio de autotutela¹⁹²⁹ de que dispone la Administración.

1. Cumplimiento: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 222.1 del TRLCSP, se entenderá que el contrato se ha cumplido cuando el mismo ha sido ejecutado en los términos pactados, en su totalidad y a satisfacción de la Administración.

La constatación de que el contrato se ha cumplido exige un acto formal y positivo de recepción o conformidad, por parte de la Administración, que tendrá lugar dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características¹⁹³⁰.

También se puede señalar que el incumplimiento de la Administración, no concede al contratista la facultad de incumplir el contrato¹⁹³¹.

¹⁹²⁷ J. LEGUINA VILLA, *La extinción de los contratos....*, op. cit., pág. 679, dice que: “El cumplimiento es el modo de extinción normal de los contratos.”.

¹⁹²⁸ El artículo 210 de la Ley, dice que: “Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.”.

¹⁹²⁹ Sobre la autotutela administrativa puede consultarse, el manual de los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho*, op. cit. págs. 504 y sig.

¹⁹³⁰ Debe hacerse notar que la regla general es que el acto de recepción se produzca en el plazo de un mes, siendo posible que se establezca otro plazo cuando las características del contrato lo aconsejen.

¹⁹³¹ J. LEGUINA VILLA, *La extinción de los contratos....*, op. cit. pág.680, dice que: “En tal sentido, el Consejo de Estado ha puntualizado que “las actuaciones presuntamente irregulares de la Administración no justifican el incumplimiento por parte del contratista, muy especialmente el retraso en la ejecución y ulterior suspensión de la obra, sin que sirva para su descargo las posibles deficiencias del proyecto, pues él lo conoció y valoró en el momento de presentar la oferta, y las probables incorrecciones de la Administración no sanan no compensan sus propias culpas” (DCE 12 de marzo de 1987). Por ello, no cabe tampoco que el contratista pretenda desligarse del vínculo contractual invocando el incumplimiento de la Administración. Si lo hiciera, manifestando su voluntad de desistir, la “Administración contratante deberá seguir considerándolo, a todos los

Una consecuencia del acto formal de recepción o conformidad del contrato, es que a partir de ese momento comienza a computarse el plazo de garantía, transcurrido el cual sin objeciones quedará extinguida la responsabilidad del contratista. El legislador, consciente de la heterogeneidad de prestaciones que pueden componer un contrato administrativo, permite que se exceptúe el plazo de garantía de aquellos contratos que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego (artículo 222.3 in fine TRLCSP).

Otro efecto del cumplimiento del contrato es que deberá notificarse al contratista la liquidación del contrato abonándosele el saldo correspondiente (artículo 222.4 TRLCSP), la liquidación no es otra cosa que el pago de lo que quede pendiente.

2. Resolución del contrato.

Como ya ha quedado claro la potestad de resolver el contrato constituye una prerrogativa de la que dispone la Administración cuando concierne un contrato público¹⁹³².

efectos, como parte en el contrato, con los derechos y obligaciones inherentes” (Consejo de Estado, Memoria Año 2000). En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de marzo de 2001, dice que: “...no cabe entender que la resolución se produzca por voluntad del contratista, sino que únicamente en casos concretos, a consecuencia de una determinada actuación de la Administración, el contratista tiene la posibilidad de pedir a la Administración que declare la resolución del contrato.”

¹⁹³² Dentro de los informes preceptivos que se deben evacuar para la resolución de un contrato en el ámbito local, se hace necesario en base al artículo 114.3 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local el informe de la Secretaría del municipio, y el de la Intervención, la relevancia de estos informes ha sido destacada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en varios de sus Dictámenes entre otros citamos el 10/2008, de 15 de octubre de 2008. En el procedimiento administrativo que debe tramitarse para la resolución del contrato, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, ha señalado que la omisión del trámite de audiencia al contratista debe ser interpretado como un vicio de nulidad de pleno derecho; y la ausencia del preceptivo informe de intervención como un vicio de anulabilidad, en este sentido ver el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 370/09, de 17 de junio de 2009. También puede consultarse, sobre la omisión del trámite de audiencia y su consideración como vicio de nulidad de pleno derecho, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 303/09, de 8 de julio de 2009.

Se ha visto que la potestad de resolución de los contratos administrativos constituye una potestad administrativa¹⁹³³, que supone una especialidad con respecto a lo previsto para la contratación civil.

De esta manera, en la contratación civil rige el principio conocido bajo la expresión: *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 1091 del Código Civil que dispone que: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. Supone esto afirmar la fuerza obligatoria del contrato, obligando a las partes que lo han suscrito a cumplir con todas sus estipulaciones, surgiendo obligaciones entre las partes contratantes y sus herederos. (artículo 1257 del Código Civil)¹⁹³⁴

En el ámbito de los contratos administrativos quiebra este principio de la contratación civil, la Administración, no puede verse vinculada por los pactos suscritos si con ello se perjudica

¹⁹³³ Para poder resolver el contrato, el mismo debe encontrarse pendiente de ejecución, así lo recuerda el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 6/08, de 8 octubre de 2008, que dice que: “El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) en STS de 29 de diciembre de 1988 (F.J.2º) concluyó que “la resolución comporta la existencia de un contrato pendiente de ejecución, constituyendo una radical contradicción tratar de resolver un contrato ya consumado, en cuanto que había sido recibido sin protesta.....El Consejo de Estado, por su parte, en Dictamen número 45.109/83, de 21 de abril de 1983 considera que “Para concluir la procedencia de la resolución, no es bastante, que acaezca el supuesto en que se fundamente mientras el contrato no se haya cumplido íntegramente, sino que la función que corresponde a esta institución jurídica hace preciso que dicho supuesto se verifique precisamente antes de que haya concluido el cumplimiento de la parte contractual en la que concurra.”. Al igual que cualquier potestad administrativa, la de resolución del contrato ha de tramitarse conforme a un procedimiento, ya visto, nos interesa de ese procedimiento lo relativo al plazo para la resolución y los efectos de la no resolución en plazo, en concreto citamos el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 270/09, de 20 de mayo de 2009, que dice que: “Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.”.

¹⁹³⁴ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho ...*, op. cit. pág. 86, dicen que: “Con el contrato se instaure entre las partes un precepto de autonomía privada que puede llamarse *lex privata*” y esto es el Principio de Relatividad del Contrato.

al interés público, previsión que resulta lógica si tenemos presente cual es la inspiración de la contratación administrativa, su justificación o su razón de ser, que no es otra que lograr una mejor satisfacción de los intereses públicos en juego.

La resolución, es pues una prerrogativa que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración de resolver el contrato cuando concurren determinadas circunstancias¹⁹³⁵. A la vista de la regulación contenida en el TRLCSP se debe distinguir entre causas de resolución aplicables a todos los contratos, y causas de resolución aplicables a determinados tipos de contratos¹⁹³⁶.

Hay que distinguir entre causas de resolución, y efectos, consecuencia lógica si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 210 de la Ley, precepto que incluye dentro de la potestad de la Administración citada no sólo el acordar la resolución del contrato sino también, la determinación de los efectos de la misma.

*1. Causas de resolución*¹⁹³⁷: Como ya se ha visto el legislador ha continuado con la tradición normativa precedente, diferenciando entre unas causas de resolución aplicables a todos los contratos y otras causas aplicables a determinados tipos contractuales, circunstancia esta que nos vincula a la hora de abordar nuestra exposición.

¹⁹³⁵ Con respecto a la resolución de los contratos complementarios, cabe citar el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 4/08, de 8 de octubre de 2008, que recuerda que en el caso de los contratos complementarios procede la resolución del contrato complementario, con el abono de los trabajos realizados por el contratista, cuando no llegue a efectuarse el principal.

¹⁹³⁶ C. BARRERO RODRIGUEZ, *La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Revista de Administración Pública núm. 176, 2008, pág. 90, dice que: “La LCSP, siguiendo el esquema de las disposiciones anteriores, diferencia entre causas de resolución aplicables a todos los contratos y causas propias de los distintos tipos contractuales que regula.”.

¹⁹³⁷ Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 239/09, aprobado el 15 de abril de 2009, dice que: “La resolución del contrato por incumplimiento del contratista y el efecto que lleva aparejada, esto es, la incautación de la garantía ex artículo 113.4 del TRLCAP, no tiene naturaleza sancionadoras, por lo que no le es de aplicación la normativa de carácter sancionador, como pretende el contratista, sino la propia y específica de la legislación de contratos.”; esta doctrina se reitera en su Dictamen 339/09, de 10 de junio de 2009. Cuando concurren varias causas de resolución del contrato habrá que aplicar preferentemente la primera que se haya producido desde el punto de vista cronológico, así lo dice el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 270/2009, de 20 de mayo de 2009.

1.a. Causas de resolución aplicables a todos los contratos administrativos: Estas causas se regulan en los artículos 223 y 224 del TRLCSP. Como consideraciones previas se puede decir, que la resolución se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista¹⁹³⁸ (artículo 224.1 del TRLCSP); siendo necesario dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente cuando se formule con oposición del contratista, debe advertirse que el citado dictamen es preceptivo y no vinculante¹⁹³⁹.

Antes de pasar al análisis de los distintos supuestos en los que es posible proceder a la resolución del contrato, hay que aclarar que en aquellos casos en los que concurra más de una causa de resolución, ha de estarse a la primera que se produce en el tiempo, según ha declarado el Consejo de Estado en varias ocasiones¹⁹⁴⁰.

Pasando al análisis concreto de las causas generales de resolución del contrato, cabe citar las siguientes:

a) La muerte o la incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85. Esta causa de resolución aparece recogida en el artículo 223.a de la Ley, siendo preciso que se haga una lectura combinada de la misma con el artículo 224.3 del TRLCSP que establece en el caso de que la causa de resolución sea la muerte o incapacidad del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos, claro está siempre que con el contrato no se hubieran concertado obligaciones personalísimas que como sabemos no podrían ser asumidas por los herederos.

¹⁹³⁸ Como se puede comprobar se trata de dos formas normales de iniciación de un procedimiento administrativo, a la vista de lo dispuesto en el artículo 70 de la LRJ-PAC.

¹⁹³⁹ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 11/2000, de 11 de abril, dice que: “En la resolución de contratos, cuando el contratista se oponga a la misma, es preceptivo y no vinculante el informe del Consejo de Estado.”.

¹⁹⁴⁰ En este sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado citado por la profesora C. BARRERO RODRIGUEZ en *La resolución del contrato...*, op. cit. pág. 96, que cita el Dictamen 3437/1999, de 10 de febrero. También puede consultarse el Dictamen de 14 de julio de 1971.

b) La declaración de concurso¹⁹⁴¹ o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. Causa que recoge el artículo 223.b de la Ley, y que al igual que la anterior su comprensión exige una lectura conjunta con los artículos 224.2.1º y 224.5 de la Ley. En el primero de los preceptos, se establece que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento, y en el concurso, la apertura de la fase de liquidación darán siempre lugar a la resolución del contrato. Mientras que en el segundo permite a la Administración, potestativamente decidir seguir con la ejecución del contrato en tanto no se haya dado lugar a la apertura de la fase de liquidación.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Se trata de una causa de resolución recogida en el artículo 223. c del TRLCSP. Lo primero que debemos hacer al abordar esta causa de resolución es aclarar conceptos, en concreto debe diferenciar tres figuras que son: el desistimiento unilateral, que le corresponde acordarlo a la Administración, teniendo los mismos efectos que la suspensión definitiva; la resolución potestativa, que concurre cuando la legislación permite a la Administración, al contratista o a ambos indistintamente instar la resolución del contrato; y la resolución por mutuo acuerdo, que comporta la confluencia del consentimiento de ambas partes para dejar sin efecto el contrato vigente¹⁹⁴².

La comprensión de esta causa de resolución, al igual que en el caso de las anteriores, exige una lectura conjunta con el artículo 224.4 de la Ley que establece para que se pueda resolver el contrato por esta causa es necesario que concurren dos requisitos acumulativamente, el primero, es que no exista otra causa de resolución; y el segundo, el

¹⁹⁴¹ Sobre esta causa, bajo la vigencia de la anterior Ley de Contratos, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 270/09, de 20 de mayo de 2009, señaló que: “La interpretación literal del artículo 111.b) del TRLCAP permite concluir que la mera declaración de concurso es causa potestativa de resolución del contrato cuando la administración lo juzgue conveniente. La posibilidad de que la Administración decida continuar el contrato exigiendo al contratista suficientes garantías es simplemente, una opción que le otorga la Ley, pero no es, en absoluto, obligatorio para la Administración.”.

¹⁹⁴² E. GARCÍA TREVIJANO GARNICA, *La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo*, Revista de Administración Pública, núm. 127, 1992, págs. 92 y 93.

que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato¹⁹⁴³.

d) La no formalización del contrato en plazo. Se trata de una causa de resolución que aparece recogida en el artículo 223.d de la Ley. La no formalización en plazo del contrato, puede ser tanto culpa de la Administración como del contratista, estando en el primer caso la Administración facultada para resolver el contrato; y en el segundo, se habilita al contratista para instar de la Administración la resolución, con la correspondiente indemnización por los perjuicios ocasionados, tal y cómo dispone la Ley.

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112. Causa que recoge el artículo 223.e de la Ley y que exige una lectura conjunta con el artículo 224.6 de la misma Ley¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴³ E. GARCÍA TREVIJANO GARNICA, *La extinción de los contratos...*, op. cit. pág. 99 dice que: “El segundo requisito consiste en que razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. La prosecución del interés público es, por ello, el que fundamentalmente justifica que la Administración preste su consentimiento para dejar sin efecto el contrato. No sirven razones distintas, o intenciones más o menos inconfesables....(continúa diciendo)... El Consejo de Estado realiza a este respecto una importante labor fiscalizadora, oponiéndose al emitir el dictamen a la viabilidad de resoluciones por mutuo acuerdo cuando no exista una justificación suficiente para llegar a tal efecto....El Consejo de Estado, en su Memoria citada correspondiente al año 1986, recordó que la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual, considerado en sí mismo y en sus efectos, resulta innecesario o inconveniente, ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias de excepción que puedan concurrir.”. Dictamen del Consejo de Estado 4000/1996, de 24 de enero dice que: “El mutuo acuerdo como causa de extinción de los contratos, queda supeditado a dos condiciones. En primer lugar, es necesaria la presencia de razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato. Por otra parte, como condición negativa, se exige que no exista una causa de resolución imputable al contratista.”.

¹⁹⁴⁴ Dictamen del Consejo de Estado 7/1997, de 20 de marzo, dice que: “El simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica “ipso iure” la calificación de incumplimiento, pues, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial.”.

-
- f) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216, o el inferior que se hubiese fijado al amparo del artículo 8¹⁹⁴⁵.
- g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. Causa recogida en el artículo 223.g de la Ley. Esta causa de resolución del contrato, obliga a que se tipifiquen las obligaciones esenciales cuyo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato¹⁹⁴⁶. Con esta medida adoptada por el legislador, se advierte como ventaja, que se da una mejor satisfacción a la seguridad jurídica, y como inconveniente, presenta que la falta de previsión o de adecuada tipificación pueda comprometer el interés público.
- h) Las establecidas expresamente en el contrato. Se trata de una causa recogida en el artículo 223 h de la Ley. Sobre este precepto resultan muy interesantes las consideraciones realizadas por C. BARRERO RODRIGUEZ, quien nos dice que: “El artículo 223.h de la Ley mantiene como causa resolutoria del contrato el incumplimiento de las obligaciones “establecidas expresamente en el contrato”. Si se ponen en conexión las letras g) y h) del precepto resulta, en suma, que la Administración cuenta con potestad resolutoria siempre que el contratista incumpla algunas de las obligaciones a las que el propio contrato ha vinculado ese posible efecto resolutorio, cuenten o no con el calificativo de esencial.¹⁹⁴⁷”.

¹⁹⁴⁵ C. BARRERO RODRIGUEZ, *La resolución del contrato...*, op. cit. pág. 96, dice que: “El incumplimiento de los plazos por el contratista, además, la causa con mayor frecuencia fundamenta la decisión administrativa de resolver el contrato, en la medida en que a los muchos supuestos en los que este incumplimiento se presenta autónomamente han de añadirse aquellos otros en los que la demora o abandono en la ejecución del contrato acompaña a otro incumplimiento contractual, manifestándose por lo general con anterioridad a estos otros posibles motivos de ruptura del contrato, lo que la convierte en la razón determinante de su extinción anticipada en aplicación de la regla, según la cual ante la existencia de “varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde el punto de vista cronológico.”.

¹⁹⁴⁶ C. BARRERO RODRIGUEZ, *La resolución del contrato...*, op. cit. pág. 92, dice que: “Esa misma jurisprudencia insistió en la imposibilidad de determinar a priori y con carácter general las infracciones del contrato revestidas de esa cualidad de esencial, concepto jurídico indeterminado que sólo podía concretarse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada supuesto.”.

¹⁹⁴⁷ C. BARRERO RODRIGUEZ, *La resolución del contrato...*, op. cit. pág. 93, dice que: “La ventaja de la garantía de la seguridad jurídica que comporta tanto para la Administración como, sobre todo, para el contratista, que podrá siempre conocer de antemano cuáles de sus incumplimientos pueden justificar el ejercicio por la Administración de su potestad resolutoria del contrato.....Ahora bien, presenta o puede

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley. Causa de resolución recogida en el artículo 223.i de la Ley, y que supone una remisión a las causas específicas que analizaremos acto seguido.

1.b. Causas específicas de resolución del contrato administrativo de servicios: Una vez efectuado el análisis de las causas generales de resolución de los contratos administrativos, hay que ocuparse de las causas específicas de resolución del contrato administrativo de servicios. A estas causas específicas de resolución hace referencia el artículo 308 del TRLCSP, causas que se comentan a continuación.

a) La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para el comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor. Se trata de una causa de resolución del contrato que aparece recogida en el artículo 308.a de la Ley. Sobre la misma simplemente cabe comentar que el plazo de seis meses que establece el precepto constituye un plazo máximo que en todo caso debe respetar el órgano de contratación.

b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor. Se trata de una causa de resolución específica recogida en el artículo 308.b del TRLCSP. Sobre la misma, cabe comentar al igual que sobre la anterior que el plazo establecido tiene la consideración de plazo máximo para el órgano de contratación al redactar los correspondientes pliegos de condiciones.

c) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o representen una alteración sustancial. Se trata de una causa de resolución específica del contrato administrativo de servicios que aparece recogida en el artículo 308.

c) del TRLCSP; como habrá podido advertirse se establece, en este apartado una doble

presentar, sin embargo, perjuicios claros, los que, sin duda se causarían al interés público si la Administración se ve imposibilitada para romper el contrato ante la ausencia o insuficiente previsión en los pliegos de las obligaciones que cuentan con esa condición esencial.” y pág. 95.

causa de resolución del contrato, la primera no plantea problema alguno ya que se aprecia de forma automática con la simple comprobación de que se cumplen los porcentajes anteriormente indicados; la que mayores problemas plantea es la segunda causa de resolución, que exige un elemento valorativo con el fin de dilucidar si se ha producido o no una modificación sustancial en el contrato.

Trataremos de enfrentarnos al concepto de modificación sustancial del contrato, con el fin de aportar un elemento que nos permitan arrojar claridad sobre esa noción que aporta la Ley. Este elemento de juicio nos lo proporciona la propia Ley, en concreto el artículo 237, cuando aludiendo a las causas de resolución del contrato de obras nos dice que debe entenderse por modificación sustancial en ese tipo contractual; señalando que se considerará alteración sustancial, entre otras¹⁹⁴⁸, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial¹⁹⁴⁹, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido¹⁹⁵⁰. Por lo demás considero que este precepto sería susceptible de una aplicación analógica al contrato administrativo de servicios¹⁹⁵¹.

d. Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 303.2 quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal. Creo que lo anterior es una consecuencia lógica de la naturaleza jurídica de los contratos complementarios, ya que son contratos subordinados a otro principal, que nacen para dar un apoyo al contrato principal al

¹⁹⁴⁸ Esta expresión que utiliza el legislador en el artículo 223.1 de la Ley, conduce a pensar que las causas que recoge el precepto citado tienen la consideración de *numerus apertus*, siendo posible que se consideren como alteración sustancial supuestos diferentes a los indicados.

¹⁹⁴⁹ Como se trata de un contrato de servicios debemos entender que esa referencia a los fines y características básicas del proyecto inicial, se deben entender referidas a las características y fines del contrato inicial.

¹⁹⁵⁰ Por lo tanto en aquellos casos en los que se sustituya el 30 por ciento de las unidades del contrato, se deberá considerar que existe una modificación sustancial.

¹⁹⁵¹ En este sentido el artículo 4.1 del Código civil dice que: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”. En este caso la identidad de razón la encontramos en el hecho de que en ambos casos nos encontramos ante contratos administrativos, que en los dos se aplica la misma causa de resolución del contrato (alteración sustancial), y que la misma es fruto del ejercicio de la misma potestad administrativa (que es la potestad de modificación del contrato, *ya vista*).

que prestan una colaboración, un apoyo logístico, que deja de tener sentido cuando desaparece el contrato principal.

c. Efectos de la resolución del contrato.

La potestad de resolución del contrato de que dispone la Administración, supone no sólo la posibilidad de resolver el contrato, sino que una vez acordada su resolución se deben determinar los efectos de la misma, por lo tanto constituye una obligación de la Administración cuando acuerda la resolución de un contrato administrativo determinar los efectos de esa resolución. El análisis de los efectos de la resolución del contrato, exige diferenciar entre unos *efectos generales*, que son aplicables a todos los contratos administrativos; y unos *efectos específicos*, que resultan de aplicación exclusiva al contrato de servicios.

1. Efectos generales de la resolución del contrato:

Cuando se produce la resolución del contrato por mutuo acuerdo, el legislador reconoce la capacidad de negociación de las partes que suscriben el contrato para la determinación de los efectos de la resolución del mismo (artículo 225.1 del TRLCSP).

En función del sujeto que sea culpable de la resolución del contrato suscrito, pivota un sistema de responsabilidad. De esta manera si el responsable de la resolución es la Administración, deberá indemnizar los daños y perjuicios causados (artículo 225.2 de la Ley); y si el responsable de la resolución del contrato es el contratista, en este caso, deberá indemnizar los daños que le ha causado a la Administración (artículo 225.3 de la Ley).

Finalmente, el legislador, obliga a la Administración a que haga un pronunciamiento expreso sobre las garantías, dentro del mismo acto por el que acuerde la resolución del contrato.

2. Efectos específicos de la resolución del contrato, en el caso del contrato administrativo típico de servicios: A estos efectos dedica el legislador el artículo 309 del TRLCSP.

El primer efecto, consiste en el abono al contratista del precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos y servicios realizados y recibidos por la Administración. Este efecto

aparece previsto en el artículo 309.1 del TRLCSP, siendo una manifestación de la aplicación del principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto¹⁹⁵².

En segundo lugar, el artículo 309.2 del TRLCSP, establece que en el supuesto de suspensión por tiempo superior a seis meses, el contratista sólo tendrá derecho a recibir una indemnización del 5 por ciento del precio de aquél.

Finalmente, cuando la causa de resolución sea la prevista en el artículo 308.b del TRLCSP el contratista tendrá derecho a recibir el 10 por ciento del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener (lucro cesante).

d.3. La invalidez del contrato del sector público de servicios.

1. Aproximación a la teoría de la invalidez de los contratos del sector público: Considero que exponer las causas de invalidez del contrato del sector público de servicios implica partir de las consideraciones y precisiones que al respecto haya establecido la doctrina civilista. Es necesario además aclarar determinados conceptos confusos, y individualizar las particularidades (que no son pocas) que presenta la teoría de la invalidez en el campo de la contratación del sector público. Partiendo de que no es este el lugar para abordar un análisis profundo de la invalidez de los contratos del sector público, creo que es justo reconocer que nos movemos en un campo polémico siendo el concepto de invalidez un concepto controvertido¹⁹⁵³. Por ese motivo, trataré de ceñirme a los moldes que nos dibuja en la materia la LCSP dejando que ese texto sea nuestro guía en el análisis de la cuestión.

¹⁹⁵² L. COSCULLUELA MONTANER, *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 84, 1977, pág. 189, dice que: “Por otra parte, nuestra jurisprudencia al categorizar el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho, lo ha reconocido, en cuanto a tal, como susceptible de aplicación en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas...(continúa diciendo)... hay que advertir que la teoría del enriquecimiento es de general y no infrecuente aplicación en el Derecho administrativo, pero no presenta, en principio, modulaciones relevantes respecto de la institución que propiamente pertenece a la Teoría general del Derecho.”.

¹⁹⁵³ V.S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, 2006, pág. 39, dice que: “Así el primer problema que nos encontramos al pretender estudiar la invalidez de los contratos públicos es

2. *Ámbito dibujado por el TRLCSP:* Dentro de los cambios de enfoque, o mejor dicho uno de los pretendidos puntos de ruptura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público con respecto a la normativa que la precedía, estaría el tratar de regular en un único texto normativo la totalidad de la contratación del sector público, por ese motivo se ha ampliado el ámbito de aplicación de la invalidez a determinadas categorías que antes eran desconocidas para el viejo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Me refiero, por supuesto, a los contratos sujetos a regulación armonizada cuando los mismos sean concertados por un ente que no tenga la consideración de Administración Pública y a los contratos subvencionados a los que hace referencia el artículo 17 del TRLCSP¹⁹⁵⁴.

De esta forma el artículo 31 del TRLCSP, que lleva por rúbrica: “supuestos de invalidez”, dice que:

“Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad del clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

Por lo tanto la regulación contenida en la Ley le resultará de aplicación a los contratos que celebren las Administraciones Públicas, los contratos que estén sujetos a una regulación armonizada, y los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de la Ley.

que no existe acuerdo respecto a qué es la invalidez, no tampoco hay demasiada claridad entre quienes han estudiado el tema.”.

¹⁹⁵⁴ M. M, RAZQUIN LIZARRAGA, *La Ley de Contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales*, Revista de Administración Pública, núm. 186, 2011, pág. 58, dice que: “La Ley 34/2010 efectúa una profunda revisión en el régimen de los recursos en materia de contratos públicos. Pero, si se repara bien, sólo afecta a los denominados contratos SARA y a los equiparados a ellos (como son los contratos subvencionados) y, asimismo, a los contratos de gestión de servicios públicos de relieve (más de 500.000 euros y más de cinco años de duración)....Por lo tanto, nada se ha modificado respecto a los contratos no SARA, que siguen sometidos al régimen ordinario de los recursos administrativos, previsto en la LRJ-PAC, y jurisdiccionales, contemplado en la LJCA).”:

3. Precisiones conceptuales: Resulta imprescindible hacer una serie de precisiones de las de tipo conceptual, que nos permitan abordar el concepto de la invalidez de una manera clara. Nuestros esfuerzos conceptuales han de partir aclarando dos nociones básicas cuales son los de ineficacia e invalidez.

Siguiendo, en este punto al profesor LA CRUZ BERDEJO, podemos decir que todo contrato se dirige a la producción de unos efectos y, de ordinario, los produce realmente acordes con la voluntad de los contratantes. En caso contrario se califica al contrato de ineficaz. Es, por tanto, ineficaz el contrato que no surte ningún efecto, o no surte efectos que corresponden a su contenido¹⁹⁵⁵. Abundando en el concepto de ineficacia veríamos como el profesor O'CALLAGHAN habla de dos grandes grupos de ineficacia que serían la invalidez y la ineficacia *stricto sensu*, sobre la última nos dice que es aquella que se produce por causas extrínsecas, exteriores al mismo negocio¹⁹⁵⁶.

En cuanto a la invalidez, podemos definirla con el profesor LA CRUZ BERDEJO como la negación de la fuerza vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido en los casos previstos por la ley¹⁹⁵⁷.

A modo de recapitulación, se puede decir que en este apartado nos enfrentamos a todos aquellos casos en los que la ineficacia del contrato viene motivada por defectos en sus elementos constitutivos o por una ilicitud de su contenido¹⁹⁵⁸, se trata pues de la eficacia que afecta a los elementos constitutivos del contrato, o dicho de otra manera que tienen un carácter intrínseco.

La siguiente precisión conceptual que hay que hacer es la que nos conduce a diferenciar entre los distintos grados de invalidez. Se debe hablar de dos tipos básicos, cuya existencia resulta aceptada pacíficamente por la doctrina, como son la nulidad de pleno derecho y la

¹⁹⁵⁵ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones, volumen primero*, op. cit. pág. 531.

¹⁹⁵⁶ X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, op. cit. pág. 289.

¹⁹⁵⁷ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones, volumen primero*, op. cit. pág. 531.

¹⁹⁵⁸ Recordemos que el artículo 31 del TRLCSP nos habla de la invalidez de los actos preparatorios o de adjudicación provisional o definitiva y de la ilegalidad del clausulado; excluyéndose de su ámbito la que hemos calificado como ineficacia *stricto sensu*.

anulabilidad; y un tercer tipo más polémico que es el de la inexistencia, sobre este último lo mencionamos a mayor abundamiento ya que el TRLCSP únicamente hace referencia a los dos primeros, que son los que entiendo aplicables a la contratación pública.

Nulidad de pleno derecho, se trata de la sanción más grave con la que el ordenamiento jurídico castiga los vicios o deficiencias internas de un contrato, el profesor LA CRUZ BERDEJO, nos recuerda que doctrina y jurisprudencia señalan los siguientes caracteres:

- 1) No precisa declaración judicial, ni una previa impugnación del negocio, ya que opera ipso iure, o de pleno derecho.
- 2) Cuando, de hecho, haya surgido cierta apariencia negocial, podrá ser útil, y aun prácticamente necesario, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar la intervención judicial. Estará legitimado para ello cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato y aun el causante de la nulidad. Incluso podrá apreciarse de oficio por los Tribunales. La sentencia será meramente declarativa.
- 3) El contrato nulo no produce efecto alguno.
- 4) La nulidad es definitiva, el paso del tiempo no la sana.

La anulabilidad, dicen los profesores DIEZ PICAZO y GULLÓN, que es un tipo de ineficacia que es relativa y se caracteriza porque el contrato produce sus efectos desde el momento de su perfección, como cualquier otro negocio normal o regular. Pero esos efectos son claudicantes, es decir que la eficacia negocial, se destruye por el ejercicio de la acción de anulabilidad o bien se hace definitiva por la confirmación del mismo negocio o la caducidad de aquella acción¹⁹⁵⁹.

Por último, me gustaría aludir a una categoría que suscita polémica, y que no se ha visto recogida por el TRLCSP, no obstante considero que debe ser objeto de una breve referencia, esta es la categoría de la *inexistencia*. El término inexistencia se utiliza para aludir a todos aquéllos contratos que presentan irregularidades tan groseras que se debe

¹⁹⁵⁹ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho...*, op. cit., pág. 103.

considerar que no ha llegado a existir el contrato en cuestión¹⁹⁶⁰, estos contratos serían los que carecen de los requisitos esenciales que apunta el artículo 1261 del Código civil¹⁹⁶¹. No obstante lo anterior, es cierto que todos estos supuestos son reconducibles hacia los casos de nulidad de pleno derecho, circunstancia esta que hace que la categoría a la que estamos aludiendo quede vacía de contenido¹⁹⁶².

Ya hemos tenido la oportunidad de ver que antes de la adjudicación del contrato aparecen una serie de etapas que tienen relevancia jurídica, durante esas etapas no se puede hablar de la existencia de un contrato¹⁹⁶³, si bien es cierto que esas etapas son susceptibles de encontrarse viciadas¹⁹⁶⁴.

Los contratos incluidos dentro del ámbito del artículo 31 TRLCSP, presentan un régimen jurídico diverso ya que unos están sometidos al derecho administrativo¹⁹⁶⁵, y otros al derecho privado. Pues bien, a pesar de esa diversidad de régimen el legislador ha optado por someter la revisión de oficio de todos ellos a lo dispuesto para las Administraciones Públicas en el capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC.

Otro problema importante que es preciso clarificar antes de abundar en el tema de las causas o grados de invalidez, proviene de la dualidad de entes que se encuentran implicados en la materia que estamos analizando, ya que unos tienen la consideración de Administración Pública y otros de sujetos de derecho privado. Por ese motivo nos

¹⁹⁶⁰ Esta circunstancia nos tiene que hacer pensar en un grado de invalidez más grave que la nulidad de pleno derecho, si bien como veremos sus efectos son los mismos.

¹⁹⁶¹ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág. 539.

¹⁹⁶² J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones...*, op. cit. pág. 539, dicen estos autores que: “Siguiendo a la doctrina más autorizada, incluimos todos estos supuestos en la nulidad absoluta. Por otro lado, el profesor X. O’CALLAGHAN, *Compendio de derecho* ..., op. cit. dice que: “La inexistencia es una categoría jurídica independiente con un concepto propio, aunque sus efectos sean iguales a los de la nulidad: ineficacia total del contrato, apreciable de oficio, imprescriptible y no convalidable.”.

¹⁹⁶³ Cuando hablo de contrato me refiero a un acuerdo de voluntades entre dos o más personas del que surgen derechos y obligaciones.

¹⁹⁶⁴ Recordemos que el artículo 31 del TRLCSP nos habla de la invalidez de los actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva.

¹⁹⁶⁵ Que son los que celebren los entes que tengan la condición de Administración Pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP.

preguntamos: ¿Cuáles son las causas de invalidez que les resultan de aplicación, las del derecho civil o las del derecho administrativo?; ¿No sería lógico que en función de su personificación se les aplicaran unas u otras causas?.

Con respecto a la primera pregunta, la respuesta del legislador ha sido admitir de una manera implícita la dualidad de causas (esto es las derivadas del derecho civil y las derivadas del derecho administrativo) independiente de la forma de personificación del ente, así se infiere de lo establecido en el artículo 34 (que habla de la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación provisional y definitiva, de entes públicos y privados), y el artículo 36 de la Ley que hace referencia a la aplicación de las causas derivadas del derecho civil, a los contratos a los que se refiere el artículo 31, artículo que comprende contratos civiles y administrativos.

Con respecto a la segunda cuestión, el legislador ya ha ofrecido una respuesta, consistente en que no le parece lógico establecer una dualidad de causas, en función de la forma de personificación del ente que celebre el contrato, resultándoles de aplicación a todos tanto las causas de nulidad derivadas del derecho administrativo como las derivadas del derecho civil. A mi entender, la solución legislativa comentada es cuestionable con respecto a los contratos civiles, debido a que las bases institucionales en las que se mueven uno y otro tipo de contrato (contratos administrativos y civiles) son diferentes, afectando esas diferencias a las causas de invalidez, a modo de ejemplo, se puede aludir a la necesidad de que exista crédito que es trascendente en el caso de los contratos celebrados por entes que tengan la consideración de Administración, pero no en el supuesto de contratos concertados por entes que no tengan esa naturaleza. No obstante lo anterior, el legislador no ha tomado en consideración esas diferencias institucionales aplicando a todos los contratos todas las causas de invalidez (es decir, las derivadas del derecho administrativo y las derivadas del derecho civil).

4. Causas de los diferentes grados de invalidez: A la hora de abordar las causas de los diferentes grados de invalidez, es necesario distinguir entre las causas de invalidez del derecho administrativo y las causas de invalidez del derecho civil.

Por lo que respecta a las causas de invalidez del derecho administrativo, debemos diferenciar entre dos grados que son la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

Causas de nulidad de pleno derecho de derecho administrativo: Las mismas aparecen recogidas en el artículo 32 del TRLCSP, que dice que:

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

- a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar incurso éste en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.
- c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.”.

Poco queda añadir tras reproducir el precepto, simplemente señalar que a los supuestos típicos de nulidad de los actos administrativos se han añadido otros tipos pensados en razón de las especialidades que presenta la contratación pública, tales como la carencia de crédito, la falta de capacidad o de solvencia, etc....

Sobre las causas de anulabilidad del derecho administrativo, cabe acudir a lo dispuesto en el artículo 33 del TRLCSP, que dice que:

“Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”.

En este caso sí que creo que no hay nada más que añadir a lo establecido por la Ley.

Como hemos señalado al inicio, el estudio de las causas de los grados de invalidez de los contratos del sector público, debe completarse aludiendo a las causas del derecho civil, ya que algunos de los contratos que se celebren, en función del ente que los suscriba tendrán la consideración de contratos privados, siendo de aplicación a los mismos las causas del derecho civil, además a los propios contratos administrativos les resultan de aplicación las causas del derecho civil como declara el artículo 36 de la Ley, como en el caso de los contratos administrativos, distinguiremos dos grados de invalidez, que serían la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

En cuanto a la nulidad de pleno derecho, cabe resaltar las siguientes causas, con el profesor LA CRUZ BERDEJO:

- a) Falta de consentimiento, de objeto o de causa (artículo 1261 del Código civil).
- b) Indeterminación absoluta del objeto (artículo 1273) o su ilicitud (artículo 1271).
- c) Ilícitud de la causa (artículos 1275, 1305 y 1306).
- d) Falta de forma, en los casos excepcionales en que viene exigida para la validez del contrato.
- e) Haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (artículos 1255 y 6.3). Se comprenden aquí los casos más dispares, muchos de ellos discutibles y discutidos.

Para la determinación de las causas de anulabilidad del derecho civil, al igual que en el caso anterior acudiremos a las enseñanzas del profesor LA CRUZ BERDEJO, quien dice aludiendo a las causas de anulabilidad del derecho civil que: “Las causas o casos de anulabilidad son, principalmente, los señalados en el artículo 1301 Cc: vicios de consentimiento, incapacidad, falta de consentimiento del cónyuge de quien contrató, cuando este consentimiento fuere necesario¹⁹⁶⁶.”.

5. Sobre la revisión de oficio:

Ante los vicios que pudieran afectar a los actos de formación del contrato, o al propio contrato, la solución ideada por el legislador consiste en acudir a la vía de la revisión de oficio de los actos viciados; esta vía la tenemos que entender, en el caso de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los interesados de atacar a los actos administrativos por medio de recursos administrativos.

A la revisión de oficio dedica el TRLCSP su artículo 34, precepto que se puede calificar de extraordinariamente complejo puesto que en el mismo se mezclan, contratos

¹⁹⁶⁶ J.L. LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones*, ..., op. cit. pág. 542.

administrativos y privados, bajo el paraguas de la Ley de Procedimiento Administrativo¹⁹⁶⁷, lo que obliga a modular la citada norma en el caso de contratos privados.

Las principales dudas surgen a la hora de determinar la competencia del órgano a quien le corresponde declarar la nulidad o declarar la lesividad del acto o contrato de que se trate, en este sentido se puede establecer el siguiente esquema general:

- En el ámbito de las Comunidades Autónomas, el legislador remite la determinación del órgano competente a su normativa, imponiendo como único requisito que se atribuya a un órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.
- En el resto de entidades, la competencia le corresponderá cuando los contratos sean Administrativos al órgano de contratación; y cuando los contratos se concierten por sujetos que no son Administración, al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando no tenga el carácter de Administración Pública.
- En el supuesto de que la entidad contratante se encuentre sujeta a más de una Administración, el competente es el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.
- En el caso de los contratos subvencionados la competencia corresponde al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

Continuando con la revisión de oficio, vemos como la Ley establece una presunción iuris tantum a favor de la delegación de la competencia para declarar la lesividad o la revisión de

¹⁹⁶⁷ El artículo 34.1 de la Ley dice que: “La revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”.

oficio, junto con la delegación de la competencia para contratar (artículo 34.3 del TRLCSP).

El legislador remite a la LRJ-PAC lo relativo al régimen de la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación.

B) Aplicación de las causas de invalidez del derecho civil:

A esa cuestión dedica la Ley el artículo 36, acerca del mismo debemos realizar dos precisiones:

La primera, es que cuando las causas de invalidez sean las derivadas del derecho civil, los plazos de prescripción aplicables a las mismas serán los que establece el Código civil.

La segunda, consistiría en señalar que en estos casos el procedimiento a seguir es el que la LRJ-PAC regula para la revisión de los actos anulables.

7. Efectos de la declaración de nulidad:

La consecuencia jurídica de la firmeza de la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación provisional o definitiva, es que el contrato entre en fase de liquidación. Por lo tanto, lo siguiente que nos tenemos que preguntar es ¿en qué consiste la fase de liquidación del contrato?; ¿Cuáles son sus consecuencias jurídicas?, pues bien, esta primera cuestión la aclara el artículo 35.1 del TRLCSP, a la vista del mismo se puede decir que la fase de liquidación tiene como consecuencia jurídica que deben adoptarse medidas tendentes a lograr la destrucción de los efectos del contrato, se trataría de que en la medida de lo posible se haga como si el contrato no hubiera existido jamás¹⁹⁶⁸. En cuanto a las consecuencias jurídicas, en lógica con lo dicho, hay que advertir dos consecuencias esenciales: la primera, consistiría en la restitución recíproca de las cosas que se hubiesen

¹⁹⁶⁸ Uno de los autores que mejor ha sistematizado en qué consiste la fase de liquidación del contrato, explicando sus consecuencias jurídicas es V.S. BACA ONETO, *La invalidez de los ...*, op. cit., pág. 359, dice que: “Sin importar si el vicio es de nulidad o anulabilidad, con la declaración de la invalidez se pretende una destrucción retroactiva de los efectos que se hubieren producido, de manera que todo vuelva al estado anterior, como si el contrato no hubiera existido jamás, lo que, en principio, se consigue con su liquidación, y la consiguiente restitución de todas las prestaciones que las partes hubieran realizado, o, cuando esto sea imposible de su valor.”.

recibido en virtud del contrato, o si esto no fuera posible de su valor¹⁹⁶⁹; y la segunda, consistiría en que la parte que resulte culpable de la resolución, deberá indemnizar a la otra de los daños que le hubiera ocasionado.

El legislador continúa, en el artículo 35.2 del TRLCSP, limitando los efectos de la declaración de nulidad, señalando que cuando la misma afecte a actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias. Se trata de una manifestación del principio favor acti, que no es desconocida en el ámbito del derecho administrativo¹⁹⁷⁰, constituyendo una novedad para el caso de los contratos que tengan la consideración de privados en función del ente que los concierta.

Por último el artículo 35.3 del TRLCSP, permite que en aquéllos casos en los que la declaración de nulidad cause un grave trastorno al servicio público, se pueda continuar con la ejecución del contrato bajo las mismas cláusulas, hasta que se adopten medidas urgentes.

¹⁹⁶⁹ Como ya se ha dicho más arriba la liquidación trata de eliminar todo rastro del contrato, hacer como si no hubiera existido, por ese motivo se impone a las partes a obligación restituirse las prestaciones entre ellas. Se trata de aplicar las reglas que rigen las obligaciones en el ámbito civil, como la buena fe, lealtad, o la prohibición de enriquecimiento sin causa.

¹⁹⁷⁰ El artículo 64 de la LRJ-PAC, dice que: “1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.”.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: El contrato de servicios es una categoría esencial, dentro del contexto histórico que vive actualmente la Administración.

Actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de cambio continuo motivado por la expansión de las nuevas tecnologías y por el fenómeno de la globalización, todo lo anterior está produciendo un cambio social. Se puede decir que el futuro cada vez es más imprevisible y cambiante. Inmerso en este proceso de movilidad social, tiene que prestar servicios la Administración, en un contexto de crisis económica y de contención del déficit público a una sociedad cada vez más exigente que demanda servicios de calidad.

Una de las principales medidas de las que se ha hecho uso para reducir el déficit público, ha sido la limitación de la tasa de reposición de efectivos en la Administración. Lo anterior, supondrá una disminución de los cuerpos de funcionarios, y que el espacio que los mismos dejen vacante se ocupe por empresas privadas.

En definitiva, los cambios que se están produciendo en el seno de la Administración, unido al carácter dinámico de la sociedad a la que presta servicios, fomentarán la externalización de servicios, que se canalizará, entre otros tipos contractuales, por medio del contrato de servicios.

La anterior tendencia a la externalización es una consecuencia de la fugacidad de los tiempos actuales, ahora en época de cambios, la Administración no quiere compromisos a largo plazo (como el que supone un funcionario), sino que busca compromisos cortos, que le permiten una más rápida reacción a corto plazo. Esto implica, no sólo un cambio de prestador, sino que parte de la razón de la existencia del funcionario (dar estabilidad e independencia a la gestión de los asuntos públicos) se vea sustituida por la fugacidad del momento (contratos con empresas).

SEGUNDA: El contrato de servicios nace bajo un contexto de aumento de las intervenciones en la sociedad de la Administración, que evidencia una carencia de medios y la necesidad de acudir al sector privado para suplirla.

Es esencial entender que la categoría de contrato del sector público, creo que es tributaria de este tiempo, siendo una consecuencia de la pluralidad de personificaciones bajo las que se manifiesta la Administración en la actualidad.

Se ha señalado un determinado momento histórico, tras el cual se encuentra un determinado contexto histórico social, en el que las necesidades que tiene la Administración, propician la aparición de la figura del contrato de servicios. Ese momento histórico, se sitúa en la década de los sesenta, coincidiendo con la intervención de la Administración en el campo económico, hecho este que genera una carencia de medios en el seno de la Administración, empujando a la creación de la modalidad contractual que se analiza en este trabajo.

Pasando al plano concreto, la aparición de la figura del contrato administrativo de servicios, como un contrato administrativo y nominado, se sitúa en el año 1974, año en el que tras una evolución histórica dilatada, se culmina con la creación del contrato de asistencia por medio del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

A partir de ese momento, la figura se recoge con tres denominaciones diferentes (consultoría y asistencia, servicios y contrato para trabajos contrados y no habituales) por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo la tendencia que se advierte, a partir de ahí la de la simplificación, hasta acabar recibiendo todas las prestaciones una denominación única cual es la de contrato de servicios.

TERCERA: La nueva estructura de la Ley de Contratos, hace necesario un esfuerzo conceptual previo, para entenderla mejor.

La nueva estructura que crea el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, hace que se tengan que delimitar conceptualmente nuevas categorías que crea la Ley, y que hasta ahora eran desconocidas para nuestro derecho administrativo. Tales como Contrato del Sector Público, o contrato sujeto a regulación armonizada, entre otros.

A mi modo de ver, la definición que se ha dado del contrato de servicios, por parte del legislador, se encuentra influida por la tradición decimonónica del Código civil, y por la

definición que del contrato de servicios da la Directiva de Contratos. Creo que esas dos influencias que recibe la figura a la hora de definirla, son de mérito, en primer lugar, porque es de esperar que la estabilidad civil pueda contagiar, de alguna manera, a una rama del ordenamiento tan necesitada de estabilidad como es la que integra el derecho de la contratación pública; y por otro lado, es un acierto el intento de aproximación a la noción comunitaria del contrato de servicios, ya que uno de los objetivos de la Ley es precisamente transponer el derecho comunitario al ordenamiento interno; por ese motivo, cuanto más se aproxime la transposición al concepto comunitario más fácil será evitar las desviaciones que pudieran surgir en la calificación del mismo, disminuyen el riesgo de que una calificación errónea permita eludir la aplicación del derecho comunitario. Creo que la definición es concisa y clara, acertando de lleno en la determinación del fondo del negocio jurídico.

Ya se ha apuntado la culminación del proceso de simplificación de la figura que supone la Ley de Contratos del Sector Público, al desaparecer la categoría de contrato de consultoría y asistencia. Considero que esa desaparición es lógica, si se tiene en cuenta precisamente la influencia del derecho comunitario, en particular, el esfuerzo que se está haciendo por parte de la normativa comunitaria por buscar una unidad terminológica, que facilite a su vez la concurrencia de todos los empresarios de los países miembros al mercado de la contratación pública. No parece adecuado que se englobe bajo dos denominaciones, un tipo que en el derecho comunitario se acoge bajo una, entiendo que lo anterior tenía un cierto componente asistemático, que finalmente se ha eliminado por medio del proceso de simplificación.

En el trabajo se ha hecho uso de diferentes criterios para clasificar al contrato servicios, de todos ellos, creo que el más destacado es el que diferencia las prestaciones del contrato, en función de que prime o no el componente intelectual de la prestación. La anterior clasificación, es el resultado de analizar el núcleo que subyace en toda prestación del contrato, que no es otro que las prestaciones, o bien se encontrarán dominadas por un componente intelectual, o bien, se encontrarán dominadas por un componente material.

Finalmente, no se pierde de vista el concepto que de contrato de servicios da la legislación navarra; ni el que se da en el derecho francés, sirviendo los mismos para contraponerse con la noción que da la Ley de Contrato del Sector Público. De la noción Navarra, se puede

destacar que no se denomina contrato de servicios, sino que se llama contrato de asistencia, y que el legislador navarro hace un esfuerzo (que creo que es de agradecer) por señalar quienes pueden ser los destinatarios de las prestaciones del contrato; en cuanto a la definición que se contiene en el derecho francés, en particular me gustaría destacar que en el país vecino se acoge una definición muy sencilla del contrato (quizás excesivamente sencilla), y al contrario de lo que ocurre en España, los contratos de servicios financieros son considerados como administrativos.

CUARTA: Debido a lo heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios, se trata de una figura que debe separarse conceptualmente de otras con las cuales guarda similitudes.

Se analizan las diferencias entre el contrato del sector público de servicios y otros tipos contractuales con los cuales guarda similitudes. Merece la pena destacar los criterios de diferenciación con el contrato de gestión de servicios públicos (en particular, en los servicios que pueden ser objeto de explotación económica, que son los que plantean mayores problemas interpretativos), debido esencialmente a que en el trabajo se propone un nuevo criterio de distinción que se aparta de la línea clásica de distinción (que es la que distingue ambos tipos en función de quien sea el destinatario del servicio), creo que ese criterio está desfasado, siendo más correcto el que distingue ambos contratos en función de quién sea el titular de la explotación del servicio. Así, el contrato será de servicios si la titularidad de la explotación le corresponde a la Administración; y de gestión de servicio público, si dicha titularidad se cede al contratista.

Por otro lado, es necesario dotar al contrato de servicios del campo que le es propio, delimitándolo frente a otras figuras jurídicas, en particular, frente al ataque que se produce por medio del uso abusivo de las subvenciones, ocultando bajo las mismas contratos de servicios. La principal diferencia entre la subvención y el contrato de servicios, es que en el contrato de servicios la Administración recibe una contraprestación a cambio de las cantidades dinerarias que libera, y en la subvención la Administración no recibe contraprestación alguna, no obstante, ese criterio de distinción no puede considerarse como absoluto, siendo necesario que, en determinadas ocasiones se adopte una visión finalista, por medio de la cual se centre la distinción en el objetivo principal que se persigue con la

subvención, y el que se persigue con el contrato de servicios. Resultado que cuando el objetivo principal del negocio sea el fomento, aunque exista una contraprestación accesoria para la Administración, el negocio jurídico puede calificarse como subvención.

QUINTA: Resulta esencial adaptar una visión amplia del concepto de expediente de contratación, que permita incluir dentro del mismo todas las vicisitudes que se pueden producir a lo largo de la vida del contrato.

El expediente de contratación constituye una pieza clave para entender y analizar la formación de la voluntad de la Administración, en el mismo se documenta toda la vida del contrato, cumpliendo una labor cardinal dentro del sistema de defensa de los derechos de los licitadores, ya que en él se deja testimonio de todo lo actuado, pudiendo ser consultado por todo aquel que tenga un interés legítimo en el asunto.

Durante la fase de elaboración del expediente administrativo, se van produciendo una serie de actos de contenido presupuestario, que es necesario conocer e identificar, ya que suponen la materialización presupuestaria de las diferentes fases por las que atraviesa el procedimiento de contratación.

SEXTA: El contrato de servicios del sector público , presenta una serie de especialidades, que vienen motivadas por su propia naturaleza, que es necesario tomar en consideración para lograr un mejor entendimiento de la figura.

El artículo 301.1 del TRLCSP, prohíbe la contratación de servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Con respecto a esta prohibición, considero que es necesario realizar un despiece de las prestaciones en las que se descompone el servicio, resultando del mismo que la prohibición únicamente afectará a las prestaciones que impliquen ejercicio de autoridad, no extendiéndose a todo el servicio. Creo que con esa interpretación se amplían las opciones de gestión de las que dispone la Administración.

Por otro lado, durante los últimos años, las Administraciones españolas han vivido un fenómeno de incorporación de trabajadores, por aplicación del concepto de cesión ilegal de trabajadores que recoge el Estatuto de los Trabajadores. Frente al anterior fenómeno ha reaccionado el legislador mediante el artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos, si bien, el tenor literal del precepto y su ubicación dentro del sistema de fuentes del derecho administrativo no es el más adecuado. Considero que las deficiencias de redacción, se pueden suplir mediante una interpretación histórica y finalista del citado artículo; no obstante, y al amparo de las exigencias que impone la seguridad jurídica, habría sido preferible una redacción más clara y precisa, que evitara interpretaciones que no siempre conducirán al resultado querido por el legislador.

Cuando cualquier Administración se plantea la duración de un determinado contrato de servicios, lo debe hacer sobre la base de dos variables, una consiste en tomar en consideración el tiempo que necesita el contratista para amortizar la inversión inicial que tiene que hacer para ejecutar el contrato, que evidentemente se tiene que compensar; y otro porque, tiene que establecer un plazo que no limite la concurrencia de otros licitadores.

SÉPTIMA: El contrato de gestión de autovías como máximo exponente del fenómeno de la motorización legislativa en el ámbito de la contratación pública.

A lo largo del trabajo, se encuentran reflexiones acerca de la problemática que supone la motorización legislativa en el campo de la contratación pública, viéndose como la legislación incontinente produce todo tipo de modificaciones y novedades, haciendo cambiar las categorías dogmáticas. Pero ahora se analiza un acontecimiento, cuanto menos curioso en relación con el contrato de gestión de autovías.

Abundando en lo anterior hay que señalar que la Ley de Acompañamiento de 1999 creó una nueva variante del contrato de servicios, cual es el contrato de gestión de autovías. Se trataba de un contrato con prestaciones extraordinariamente complejas, que desde un primer momento planteaba problemas de encuadre dentro del tipo contrato de servicios, no obstante el legislador –en una decisión que puede calificarse como audaz-, decidió calificarlo como contrato de servicios. Tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta que el citado contrato de servicios tiene un mejor encaje dentro de la noción que la Ley da del contrato de colaboración público privada; no obstante no se ha modificado la calificación del contrato de servicios de gestión de autovías. El anterior fenómeno lo he calificado como de cambio normativo de calificación jurídica del contrato, lo que supone que el contrato por obra de la Ley, deja de tener los contornos propios del

contrato de servicios, para tener los del contrato de colaboración público privada, haciendo que la regulación se dirija hacia el nuevo tipo contractual.

OCTAVA: Del contrato de servicios nacen una serie de derechos y obligaciones, que se extienden a lo largo de la vida del vínculo y que es necesario analizar de una manera sistemática, guardando un especial respeto al derecho comunitario.

Los problemas que plantea el contrato de servicios no se agotan en conocer sus orígenes, calificarlo adecuadamente, y saber diferenciarlo de otros tipos con los que guarda similitudes, nada más lejos de la realidad. El contrato de servicios crea un vínculo que se prolonga a lo largo del tiempo, y que atraviesa por incidencias que le afectan de manera diversa.

Creo que todos los aspectos que afectan a la figura del contrato de servicios, y en particular a la vida del vínculo contractual, han de interpretarse a la luz del derecho comunitario, que es el ordenamiento de referencia en la actualidad. En particular, debe tomarse en consideración la jurisprudencia comunitaria en materia de cesión de contratos y los límites que la misma impone y que no han tenido su correlativo reflejo en la Ley española.

Un estudio pormenorizado de la vida del contrato, conduce inevitablemente al análisis de las potestades de las que dispone la Administración sobre el contrato administrativo de servicios. Del mismo he llegado a la conclusión de que cada vez son menos diferencias entre los contratos administrativos y los civiles.

Son rasgos que evidencian esa progresión, los siguientes:

En primer lugar, la renuncia, por el legislador, al uso de instituciones propias del derecho administrativo, para sustituirlas por otras provenientes del derecho civil. En concreto hablo de la modificación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha dispuesto que los contratos administrativos se perfeccionen con la formalización (novedad sistematizada ahora en el TRLCSP). Lo anterior ha supuesto una ruptura con la tradición normativa anterior que establecía que los contratos se perfeccionaban con la adjudicación, que era un acto administrativo declarativo de derechos. La reforma supone ceder el espacio del acto administrativo (institución propia del derecho administrativo), a la formalización del contrato (institución propia del derecho civil).

En segundo lugar, la Ley de Economía Sostenible ha modificado todo el régimen jurídico del *ius variandi*, permitiendo hacer uso de esa potestad, a entidades que no tienen una forma pública de personificación. Eso supone, que una de las notas diferenciales más importantes que tenía el contrato administrativo, con respecto a los contratos civiles, se diluya permitiendo su uso a cualquier organización, ya concierte contratos administrativos o ya sean privados. Esta es la segunda línea de tensión que hace que se diluya el contrato administrativo, aproximando, en este caso, el contrato civil al público.

Las anteriores reformas se han introducido, so pretexto de transponer el derecho comunitario al ordenamiento jurídico español, pero lo que es cierto, es que el legislador comunitario no se opone a la existencia de la figura del contrato administrativo, se podría decir que, en este punto es aséptico, respetando el ordenamiento interno de los países miembros, no imponiendo la desaparición de la figura del contrato administrativo. Por lo que el proceso de repliegue que vivimos es una decisión del legislador español.

Si no tuviera tantos recelos sobre el cariz que está adquiriendo la forma de legislar en los últimos años, pensaría que estamos ante un proceso deliberado de repliegue de la figura del contrato administrativo. Pero, nada más lejos de la realidad, el legislador en materia de contratación pública, legisla al día, de una manera apresurada y asistemática. Buena muestra de lo anterior podría ser el ejemplo que se ha dado acerca de las autovías. Por lo tanto, se debe concluir que estamos asistiendo a un proceso involuntario de progresivo repliegue de la figura del contrato administrativo, y de correlativo acercamiento de esta modalidad al contrato civil.

Como he manifestado en el trabajo, no todas las reformas que se han producido y que han supuesto la difuminación de fronteras entre las dos modalidades son negativas, sino que algunas de ellas se pueden considerar lógicas o propias del tiempo en el que vivimos. En particular, la última modificación del régimen del *ius variandi*, supone un reconocimiento implícito a una realidad propia de nuestro tiempo, cual es que la Administración se oculta bajo todo tipo de ropajes, lo que hace que los intereses públicos se tutelen por entes con formas diversas, no pudiendo ser precisamente la forma de constitución un impedimento para los intereses públicos cuya tutela persiguen, siendo necesario reconocer el *ius variandi* a toda esa galaxia de entes que persiguen intereses público. Pero, independientemente de lo

anterior, lo que sí que es discutible es la falta de reflexión sobre las reformas que se introducen, y el daño que las mismas producen sobre una institución como es el contrato administrativo.

NOVENA: El contrato de servicios es una figura propia de su tiempo. Muestra de la evolución que está sufriendo el derecho administrativo en la actualidad.

El contrato de servicios es una figura propia de nuestro tiempo, por medio del mismo se canaliza el proceso de adelgazamiento de las estructuras de la Administración, siendo un mecanismo de mutación o cambio de interlocutor con los ciudadanos a la hora de recibir servicios.

El estudio de esta figura nos sirve para ser testigos de la evolución propia del derecho administrativo, se puede comprobar al analizar el contrato, la influencia que la doctrina o la jurisprudencia tiene sobre la institución, de qué manera las necesidades internas de la Administración impulsan el nacimiento de la figura, la importancia que tiene el derecho comunitario, o lo contingente que la motorización legislativa hace a las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

ALBI CHOLBI, FERNANDO, *Los contratos municipales*, Valencia, 1944.

- *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1960.

ALBIÑANA GARCÍA- QUINTANA, CÉSAR, *La ley general presupuestaria: un juicio global*, Revista de Economía Política núm. 77, 1977.

- *Los conceptos económicos en la constitución: El sector público estatal*, Revista de Economía Política núm. 81, 1979.

ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Tomo VII, 1892.

ALENZA GARCÍA, JOSÉ FRANCISO, Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

ALLI ARANGUREN, JUAN- CRUZ, *La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, 1989.

- *El soft law comunitario*, Revista de Administración Pública, núm. 154, 2001.

- *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007.

ALONSO OLEA, MANUEL, *Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las Administraciones Públicas*, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989.

ÁLVAREZ CIENFUEGOS, JOSÉ MARÍA, *Aspectos jurídico públicos de la subcontratación administrativa*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 443, 2000.

Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1992, Ministerio de Justicia, 1992.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *El enigma del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública núm. 172, 2007.

- *La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*, Revista de Administración Pública núm. 88, 1979.

- *Servicio público y libertad de empresa. La delegación en el sistema eléctrico*, Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989.

ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO, *Cuestiones prácticas en torno a los derechos que asisten al contratista cuando la Administración Pública se demora en el pago del precio fijado contractualmente*, Boletín Aranzadi Administrativo núm. 1/2002, 2002.

Artículo dedicado a la Conservación de carreteras, Revista de Obras Públicas de 20 de julio de 1905. Autor anónimo.

ASIS ROIG, AGUSTÍN, *La contratación administrativa en el extranjero*, en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas-Thomson, 2004.

AYALA MUÑOZ, JOSE MARÍA Y OTROS., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, tercera edición, Thomson- Aranzadi, 2007.

BADÍA, FERRANDO, *Teoría y realidad del Estado autonómico*, Revista de Política Comparada, núm. 3, 1981.

BAENA ALCAZAR, MARIANO, *Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública, núm. 57, 1968.

- *Ordenamiento jurídico y principios generales del derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)*, Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989.

BALLBÉ, MANUEL: *El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*, Revista de Administración Pública Núm. 174, 2007.

BALLESTAROS FERNÁNDEZ, ÁNGEL; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, MANUEL, *Manual de gestión de servicios públicos locales*, El consultor de los ayuntamientos y juzgados, 2005.

BALLESTEROS MOFFA, LUIS ÁNGEL, *La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas*, Revista de Administración Pública, núm. 180, 2005.

Banco Europeo de Inversiones, “The EIB’s role in Public- Private Partnerships”, julio de 2004.

BAÑÓ LEÓN, JOSE M^a, *La figura del contrato en el derecho público: Nuevas perspectivas y límites*, en *La contratación Pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso- Hispano de profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

- *La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Revista de Administración Pública núm. 151, 2000.

BARNES, JAIME, “*Sobre el derecho administrativo de la información.*”, Revista Catalana de Derecho Público núm. 35, 2007.

BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, *La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Revista de Administración Pública núm. 176, 2008.

BASSOLS COMA, MARTÍN, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, Revista de Administración Pública, núm. 82, 1977.

BELTRÁN AGUIRRE, LUIS, *La adjudicación de los contratos*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

BEMEJO VERA, JOSÉ, Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, *Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 1990.

BOLTARINA BOSCH, XABIER, *Régimen de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*, Aranzadi Social, núm. 4/2002, 2002.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, décima edición, Civitas, 1991.

- *Influencia de la comunidad económica europea sobre los procedimientos de selección de contratistas de las Administraciones nacionales*, Revista de Administración Pública, núm. 29, 1959.

- *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, Revista de Administración Pública, núm. 23, 1957.

- *Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy*, Revista de Administración Pública, núm. 150, 1999.

BORRAJO INIESTA, IGANACIO, en la obra colectiva *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, titulado *El derecho administrativo en los orígenes de la universidad española*, Civitas, 1989.

BORRÁS RODRÍGUEZ, ALEGRÍA, *La competencia de los tribunales internos en materia de obligaciones contractuales*, Revista de instituciones europeas, núm. 14, septiembre- diciembre 1987.

BRETAL VÁZQUEZ, JOSÉ MANUEL, *La calidad de las leyes*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 31, 1991.

BULLINGER, MARTÍN, *El service public y la daseinsvorsorge en Alemania*, Revista de Administración Pública, núm. 166, 2005.

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Aranzadi Civil núm. 22/2001, 2001.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Contrato de obra*, Enciclopedia jurídica básica, Civitas, 1995.

CALVO CHARRO, MARÍA, *Las uniones temporales de empresas*, en la obra colectiva coordinada por Gómez Ferrer, Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Thomson- Aranzadi, coor: Gomez Ferrer, 2004.

CAMPO PAMPLIEGA, JUAN, *El sector público y la economía española*, Revista de Economía Política, número 30, 1962.

CAMUELLO, MARCO, “*Las autonomías en la crisis del Estado Social*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 8, 1987.

CAPILLA RONCERO, F., *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, 1995.

CARBONEL PORRAS, ELOISA, *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Edita BOE, 1999.

CARLES RAMIÓ I MATAS, “*Modelos interpretativos del proceso de cambio de las organizaciones públicas y su posible aplicación a las administraciones autonómicas. El caso de la Administración de la Generalitat de Catalunya.*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

CARLÓN RUIZ, MATILDE, *La ley de contratos de las administraciones públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico-público*, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson-Civitas, 2004.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Colección de Estudios, 2000.

CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, *El contrato administrativo ante la ley de bases de contratos del estado de 28 de diciembre de 1963*, Revista de Administración Pública núm. 45, 1964.

CARRILLO DE ALBORNOZ ALFARO, IGNACIO, *Las disposiciones comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas. Las actuaciones previas a la adjudicación*, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado*, Revista de Administración Pública núm. 140, 1996.

- *Los contratos de administración pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)*, Revista de Administración Pública núm. 78, 1975.

CASSESE, SABINO: *El espacio jurídico global*, Revista de Administración Pública, Núm. 157, 2002.

CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., *El principio de seguridad jurídica: Especial referencia a la certeza en la creación del derecho*, Documentación Administrativa, nº 263-264, 2003.

CAZORLA PRIETO, LUIS; ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE; ROMÁN GARCÍA, FERNANDO, *La Constitución española de 1978. Su génesis y estructura. El valor normativo de la Constitución. Su eficacia directa. El principio de interpretación de las normas conforme a la Constitución*, en Temas de Derecho Constitucional, Aranzadi, 2000.

CHINCHILLA MARTÍN, CARMEN, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público*, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 132, 2006.

CHUECA SANCHO, ÁNGEL, *Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 3, 1976.

CIERCO SEIRA, CÉSAR, *El principio de precaución: reflexiones sobre el contenido y alcance en los derechos comunitario y español*, Revista de Administración Pública, núm. 163, 2004.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales impuestas*, Notariado hoy, Bosch, 2008.

CLEMENTE MEORO, MARIO E., *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 4/2000, Aranzadi, 2000.

COCA PAYERAS, M., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, 1995.

Código de Contratos Públicos Francés, aprobado por Decreto nº 2005- 1737, de 30 de diciembre de 2005; la traducción al castellano de este código que hemos manejado, ha sido la realizada por Franck Moderne, Catedrático de la Universidad de París I, 2005.

COLLADO MARTÍNEZ, ROSA M., *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Revista Española de la Función Consultiva núm. 8, 2007.

Comisión Económica para Europa, *Negotiation Platform for Public- Private Partnership in infrastructure projects*, 2000.

Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 2003 sobre “Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras- Interoperabilidad del telepeaje, 2003.

Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa, de 7 de diciembre de 2006.

COSCULLUELA MONTANER, LUIS, Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977.

- *El contrato de suministro, en Comentarios a la ley de contratos de las Administraciones Públicas, segunda edición*, Thomson-Civitas, 2004.

- *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Décimo Tercera edición, 2001.

- *Sector Público y Planificación*, *Revista de Administración Pública* núm. 57, 1968.

- Prólogo, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, de HERNANDO RYDINGS, MARÍA. Civitas, 2012.

CUERVO, ÁLVARO, *La privatización de la empresa pública*, Ediciones Encuentro, Primera edición, 1997.

DARRIN GRIMSEY, *Public private partnertships. The worldwidw ewvolution in infrastructure provisiona an Project finance*, 2007.

DE CASTRO BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Civitas, reimpresión, 2002.

DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés*, *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986.

DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, *Revista de Derecho Privado* núm. 196, 1987.

Decisión de 11 de febrero de 2004 sobre el tratamiento del déficit y deuda de las relaciones público- privadas, 2004.

DEL GUAYO CASTIELLA, IÑIGO, *La gestión de los servicios públicos locales*, *Revista de Administración Pública*, núm. 165, 2004.

DEL SAZ CORDERO, SILVIA, *La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones, Aplausos y críticas*, *Revista de Administración Pública* núm. 133, 1994.

La nueva ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas, Revista de Administración Pública, núm. 174, 2007.

Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo de 16 de enero de 2001.

Dictamen del Consejo Económico y Social, sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Primera Edición, marzo de 2006, Edita Consejo Económico y Social.

Dictamen del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2002.

Dictamen del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1991, Revista de instituciones europeas, núm 19, enero- abril 1992.

DÍEZ PICAZO, LUIS, *Sistema de Derecho Civil II*, Décima edición, Civitas, 2008.

DÍEZ, MARÍA, *La intervención de los consejos consultivos en los procedimientos de modificación de contratos*, Revista Española de la Función Consultiva núm. 8, 2007.

DÍEZ SASTRE, SILVIA, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012.

Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 4 de agosto de 1994, *Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, 1994.

DOMÍNGUEZ MACAYA LAURNAGA, JAIME, *La contratación electrónica en la LCSP. Análisis y una respuesta: ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

DOMINICO SARACE, “*Tendencias innovadoras en la Administración Pública y el Derecho Administrativo italianos*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 15, 1992.

DORREGO DE CARLOS Y GUTIÉRREZ VICÉN, “*Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la administración*”, en *Derecho de los Contratos Públicos. Estudio Sistemático de la*

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, Praxis, Barcelona, 1995.

DUGUIT, LEÓN, *Las transformaciones del derecho público y privado*, José Luis Monereo Pérez, Comares, Primera edición, 2007.

ECHEBARRÍA ARIZNABONETA, KOLDO, “*Política de reforma y reforma de las política. El caso del Gobierno Vasco*”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 18, 1994.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración*, *Revista de Administración Pública* núm. 24, 1957.

ESQUERDA ROSET, JOSÉ MARÍA, *Principales innovaciones de la ley de contratos de las administraciones públicas, con especial referencia a la administración local*, *Revista de Administración Pública* núm. 138, 1995.

Eurosat, *Long Term Contracts Between Government Units and Non- Government Partners*, 2004.

FEEMAN JODY, MINOW, MUNTHA, *Govermente by contract outsourcing and american democracy*, Harvard University Press, 2007.

FERNANDEZ FARRERES, GERMÁN, *El concepto de subvención y el ámbito objetivo de aplicación de la Ley*, en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, coor. Por Germán Fernández Farreres, Thomson- Civitas, 2005.

- *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, comentarios acerca de la voz contrato administrativo, 1995.

- *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.

- *El reintegro de las subvenciones en la Unión Europea*, Civitas, 1993.

- *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, 1993.

FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL, *Jurisprudencia española en materia de contratos administrativos: el poder adjudicador. Las garantías jurisdiccionales*,

Estudios de Derecho Judicial, núm. 113, Edita Consejo General del Poder Judicial, 2006.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Las obras públicas*, Revista de Administración Pública núm. 100, 1983.

- *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública núm. 150, 1999.

- *Un curioso e ilustrativo ejemplo de la clamorosa y habitual incuria de nuestros legisladores*, Revista de Administración Pública, núm. 125, 1991.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, 1927.

FLORENSA I POTEU, M^a LUISA, *La modernización de la gestión administrativa en la Generalitat de Catalunya*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

FLORES DOMÍNGUEZ, LUIS ENRIQUE, *La contratación local en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 70, 2008.

FONT I LLOVET, TOMÁS, *Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 8, 1987.

FUERTE LÓPEZ, MERCEDES, *Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las administraciones públicas*, Repertorio de Jurisprudencia núm. 6/2000, Aranzadi, 2000.

GAMERO CASADO, EDUARDO, *Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 71/72, 2008.

GARCÍA CANALES, M., *Principios generales y principios constitucionales*, Revista de Estudios Políticos, núm. 64, 1989.

GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA, *Los contratos de colaboración público-privada*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo I, cuarta edición*, Civitas, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo I, décima edición*, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, Revista de Administración Pública núm. 10, 1953.

- *El fin del caso factotame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998.

- *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, Revista de Administración Pública, núm 42, 1963.

- *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpresión 2000.

- *La Administración Española. Estudios de ciencia de la Administración*, 6ª edición, Civitas, 2000.

- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2002.

- *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 40, 1963.

- *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 2, 1950.

- *Sobre la formación del derecho administrativo español contemporáneo*, Revista de Administración Pública núm. 174, 2007.

- *La figura del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública núm. 41, 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, *La transmisión de los derechos de cobro*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Comentario a la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson- Civitas, segunda edición, 2004.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, *La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales*, Boletín Aranzadi Administrativo, núm. 19/2000.

- *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson- Aranzadi, 2007.

GARCÍA MACHO, RICARDO, *Contenido y límites del principio de confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia*, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Civitas, 1989.

GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1982.

GARCÍA TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO., Aspectos de la Administración Económica, Revista de Administración Pública, núm. 12, 1953.

- *¿Existen contratos administrativos de depósito?*, Revista de Administración Pública, núm. 16, 1955.

- *Contratos y actos ante el Tribunal supremo: La explotación del “Hotel Andalucía-Palace” de Sevilla*, Revista de Administración Pública, núm. 28, 1959.

- *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: Los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, núm. 39, 1962.

- *El consejo de estado como garantía. competencias en materia de contratación*, en Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Thomson- Aranzadi, coor: Gomez Ferrer, 2004.

GARCÍA- TREVIJANO GARNICA, ERNESTO, *Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obras*, en homenaje al profesor José Luis Villa Palasí, Civitas, 1989.

- La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo, *Revista de Administración Pública*, núm. 127, 1992.

GARCÍA, JOSÉ PASCUAL García, *Régimen Jurídico del Gasto Público*, BOE, 4ª edición, 2005.

GARRIDO FALLA, FERNANDO, *El concepto de servicio público en derecho español*, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994.

- *La Administración Pública después de la constitución*, en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989.

- *Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*, *Revista de Administración Pública* núm. 7, 1952.

GARZÓN CLARINA, GREGORIO, *El nuevo derecho social de la comunidad europea: objetivos y medios*, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 19, enero abril 1992.

GIBERT, RAFAEL, *El contrato de servicios en el derecho medieval español*, *Revista de Política Social*, núm. 101, 1974.

GILABERT, MIGUEL ÁNGEL, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, 2009.

GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA, *Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

- *El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y sombras*, *Revista de Administración Pública* nº 176, 2008.

- *La disposiciones comunes a todos los contratos administrativos. Ámbito de aplicación de la Ley Foral, contratistas y normas generales de aplicación*, en

Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

- *La necesaria interpretación subjetivo- funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*, Revista de Administración Pública núm. 151, 2000.

- *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, Revista de Administración Pública, núm. 137, 1995.

GIRÓN TENA, *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942.

GOMÁ I QUIUM BRUGUÉ, RICARD, “*Nuevos modelos de gestión y organización pública*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

GÓMEZ FERRER RINCÓN, RAFAEL, *Ideas, reflexiones y propuestas del grupo de expertos para la reforma de la administración pública*, Revista de Administración Pública núm. 165, 2004.

GONZÁLEZ ALONSO, LUIS, *Las obligaciones de los estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 3, enero- junio 1998.

GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO VÍCTOR, *contrato de colaboración público privada*, Revista de Administración Pública núm. 170, 2006.

GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL, *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Marcial Pons, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superior a un año*, Revista de Administración Pública, núm. 103, 1984.

La revisión de la ley de procedimiento administrativo, en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989.

GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, *La contratación de las comunidades europeas*, Revista de Administración Pública, núm. 142, 1997.

- *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV. Contratación Pública. Segunda edición*. Civitas. Thomson Reuters, 2012.

GRAHIVAC, BORISLAV, *East and west european public- private partnerships. Public companies in restructuring and privatization*, Nova, 2007.

GUASH JOSÉ LUIS, *Las concesiones en infraestructura cómo hacerlo bien*, Bosch, 2004.

GUY ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, Ariel Derecho, 3ª edición, 1990.

HAURIOU, MAURICE, *Principios de derecho público y constitucional*, José Luis Monereo Pérez, Comares, 2003.

HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *La colaboración público- privada. Fórmulas contractuales*. Civitas, 2012.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN, *Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: El concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales*, en *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y de medio ambiente*, Estudios de Derecho Judicial, edita Consejo General del Poder Judicial, 2006.

Informe de la Intervención General de la Administración General del Estado: Sector Público empresarial y fundacional, composición y estructura 2005, Ministerio de Economía y Hacienda, 2005.

Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, evacuado por el Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de noviembre de 2005.

Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2003.

Interpretación de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C179/02), 2006.

IRANZO MARTÍN, JUAN E., Y OTROS, *El futuro del gasto público en España*, Instituto de Estudios Económicos, 1998.

IRIARTE ARISTU, IGNACIO, Las especialidades de la contratación de las entidades locales en Navarra, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008 .

JEZE, GASTÓN, *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1943.

JIMENEZ ASESSIO, RAFAEL, *Políticas de selección en la Función Pública Española*, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.

JIMÉNEZ, AYALA, JAIME, *Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las devoluciones presupuestarias*, Revista de Obras Públicas, núm. 3444, 2004.

JORDANA DE POZAS, LUIS, *El principio de unidad y sus consecuencias políticas y administrativas*, Revista de Estudios Políticos núm. 4, 1941.

KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín 1910 (reimpresión 1962).

LA CRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones volumen primero, parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, 2007.

- *Elementos de derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen segundo*, Dykinson, 2007.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La renuncia de la administración pública al derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 136.

LARRUMBE BIURRUM, PEDRO M^a, *Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo*, Revista de Administración Pública núm. 72, 1973.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de derecho civil III, contratos*, Marcial Pons, 2011.

LAUBARERE, ANDRÉ *Traité des contrats administratifs*, tomo I, 2^a ed.; LGDJ, París, 1983.

LAVILLA RUBINA, JUAN JOSÉ, *El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2004.

LAZO VITORIA, XIMENA, *Los contratos mixtos*, Revista de Administración Pública, núm. 179, 2009.

LEGUINA VILLA, JESÚS, *La extinción de los contratos*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson- Civitas, segunda edición, 2004.

- *Principios generales del derecho y constitución*, Revista de Administración Pública, nº 114, 1987.

LEÓN CAVERO, RAFAEL ANDRÉS; BAL FRANCÉS, EDMUNDO, *Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 296..

Libro verde los contratos públicos de defensa, 23 de septiembre de 2004.

LINK, ALBERT N., *Public/private partnerships. Inovation strategies and policy alternatives*, Springer Gmbh Co, 2007.

LLISET BORREL, FRANCISCO, *La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa*, Revista de Administración Pública, núm. 80, 1976.

LLOBREGAT HURTADO, M^a LUISA, *Aproximación al concepto de secreto empresarial en el Derecho Español y Derecho Norteamericano*, Cedecs Derecho privado, 1999.

LÓPEZ BENITEZ, MARIANO, *La ley de contratos de las administraciones públicas: su entronque con el bloque de constitucionalidad y su ámbito de aplicación. Estudios sobre la contratación de las Administraciones Públicas*. COMARES, 1996.

LÓPEZ- COZAR NAVARRO, CRISTINA, *Patente cómo proteger los resultados de la innovación en la empresa*, Netbiblo, 2008.

LÓPEZ MARQUEZ, JOSÉ FRANCISCO, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros estados miembros de la unión europea (Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, Revista de Administración Pública, núm. 133, 1994.

LÓPEZ MENUÑO, FRANCISCO, Los principios generales del procedimiento administrativo, Revista de Administración Pública, núm.129, 1992.

LÓPEZ OÑATE, *La certezza del diritto*, editorial Giuffrè, Milano, 1944.

LOPÉZ RODÓ Y GUAITA, *Los contratos de obras públicas en España*, Revista de Administración Pública núm. 21, 1956.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública*, Revista de Administración Pública, núm. 164, 2004.

LOSADA, ANTONIO, “*La Administración autonómica gallega*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

LUCAS VERDÚ, PABLO, *Artículo 1º. Estado social y democrático de Derecho*, En comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga, Tomo I Cortes Generales, Madrid, 1996.

- Prologo al libro de Ramón Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, 1991.

LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, *Los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración Pública, (comentario a la STSJ Castilla- León- Valladolid 21 de enero de 1997)*, Aranzadi social, 1997.

MACERA, BERNARD FRANK, *La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE(a propósito de las Sentencias Brasserie du Pecheur- Factortame, British Telecommunications, Hedley Lomas, Dillekofer, Denkavit, Bonifaci- Berto, Palmisani, Maso- Gazzetta, etc.)*, Revista de Administración Pública, núm. 149, 1999.

MAILLO GONZÁLEZ- ORÚS, JERÓNIMO, *La noción de estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: Aplicación al caso español*, Revista de derecho comunitario Europeo, núm.6 julio- diciembre 1999.

MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998.

María Moliner; *Diccionario del uso del español*, 2ª edición, Gredos, Madrid, 1999.

MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, ÁNGEL, *La Administración asediada*, Revista de Administración Pública nº 100, 1983.

MARTÍN HUERTA, PABLO, *Los convenios interadministrativos*; instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

MARTÍN OVIEDO, JOSÉ MARÍA, *Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Ámbito subjetivo de aplicación*, Revista Española de la Función Consultiva núm. 8, 2008.

MARTÍN QUERALT, JUAN MARTÍN, LOZANO SERRANO, GABRIEL, CASADO OLLERO, GABRIEL, *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, 10ª edición, 1999.

MARTÍN REBOLLO, LUIS, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, Revista de Administración Pública núm. 100, 1983.

MARTÍN RETORTILLO BLANQUER, LORENZO, *De la “Gestión interesada” a las cláusulas de interesamiento*”, Revista de Administración Pública, núm. 36, 1961.

- *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de daseinvorge*, Revista de Administración Pública, núm. 38, 1962.

MARTÍN RETORTILLO BLANQUER, SEBASTIÁN, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, Revista de Administración Pública núm. 49, 1966.

- *La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años*, Revista de Administración Pública núm. 150, 1999.

- *Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo* Revista de Administración Pública, núm. 140, 1996.

- *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson- Civitas, 2007.

- *La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, núm. 39, 1962.

- *Las técnicas de fomento en la administración económica*, en *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1991.

- *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge*, Revista de Administración Pública, núm. 38, 1962.

- *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, Revista de Administración Pública número 29, 1959.

- *“Comunidades autónomas y sector público”*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 9, 1988.

MARTÍNEZ COLLADO, ROSA MARÍA, *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 8, 2007.

MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA, ABARCA, *¿Por qué se insiste en enfrentar al Derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?*, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 301, 1997.

MARTÍNEZ PALLARÉZ, PEDRO LUIS, *La entidades locales y la Ley de contratos del sector público*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, JOSÉ LUIS, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, ius tel, 2008.

MARTÍNEZ- VARES, VICTORIA, Revista digital, Expansión jurídico, *El sudoku de la ley de contratos públicos dificulta su aplicación*, artículo publicado el 2 de mayo de 2008.

MEIL LANDERLIN, GERARDO, *El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones para dos posiciones políticas*, Revista de Estudios Políticos, núm. 42, 1948.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica*, Revista de Administración Pública número 99, 1982.

- *La estructura de los contratos públicos*, ius tel, 2008.

Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid de 2001, Consejería de Hacienda, Comunidad de Madrid, 2001.

Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña de 2007, Generalitat de Catalunya; Departament de Economia i Finances, Direcció General de Contractació Pública, 2007, .

MENENDEZ SEBASTIÁN, EVA MARÍA, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, 2002.

- *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Civitas, 2009.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ, *Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado*, Aranzadi Social núm. 14/2000.

MESTRE I ANDREU, JOAN, “Control y fiscalización de los contratos administrativos locales”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, 1983.

MILLETT, TIMOTHY, *El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, Foro de Estudios Europeos de Murcia, edita Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 95, 2006.

- *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Foro de Estudios Europeos de Murcia, edita Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 95, 2006.

MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5/2000, 2000.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, vigésima edición, tecnos, 1998.

MORELL OCAÑA, LUIS, *La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años*, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

- *Requisitos de los contratos capacidad y solvencia de las partes, que se incluye en la obra colectiva, comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, coordinada por Gómez Ferrer*, 2004.

MORENO GENÉ, JOSEP, *El contrato de realización de un proyecto específico de investigación*, Aranzadi Social, núm. 21/2004.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 2004.

- *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc Graw Hill, 1996.

- *La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2008.

- *La nueva ley de contratos del sector público: Principales novedades y aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha núm. 44, 2008.

- *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Básicos de derecho administrativo, urbanismo y medio ambiente 5, Bomarzo, 2007.

MOURILLO GONZÁLEZ, FERNANDO, *El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción con otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales*, Aranzadi civil, Revista Doctrinal, núm. 1 Parte Estudio, 1999.

NIETO GARRIDO, EVA, *El new public management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido*, Revista de Administración Pública núm. 162, 2003.

NIEVES BORREGO, JULIO, *La gestión interesada en el derecho administrativo español*, Revista de Administración Pública, núm. 26, 1958.

NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN, *El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

O' CALLAGHAN, XABIER, *Código Civil comentado*, Quinta edición, La Ley, 2006.

- *Compendio de derecho civil, Tomo II, Derecho de obligaciones, quinta edición*, DIJUSA, 2006.

OJEDA MARÍN, ALFONSO, *La comunidad europea el GATT en el sistema de contratación pública*, Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 1989.

OLIVERA MASSÓ, PABLO, *La problemática sobre la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación pública: La Administración instrumental en las Directivas y en el Acuerdo de contratación pública de la organización mundial del comercio*, Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998.

ORDÓÑEZ SOLIS, *La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo*, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia núm. 1921, 2005.

ORTEGA DOMÉNECH, JORGE, *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Reus, 2007.

PAIS RODRÍGUEZ, RAMÓN; REBOLLO DELGADO, LUCRECIO, *Introducción al derecho público I*, Manuales Jurídicos Dykinson, 2009.

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 5ª edición, 2005.

PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN, *Derecho Administrativo, derecho privado, derecho garantizador*, Revista de Administración Pública, núm 52, 1967.

- *La nueva ley de contratos del Estado*, Revista de administración Pública núm. 47, 1965.

- *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1961.

- *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2008.

- *Derecho administrativo III, décima edición*, Marcial Pons, 2005.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, cuadernos y debates, nº 30.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, JIMENEZ BLANCO, A, ORTEGAN ÁLVAREZ, L., *Manual de derecho administrativo*, Ariel Derecho, 1998.

PAREJO GAMIR, ROBERTO, *Contratos Administrativos Atípicos*, Revista de Administración Pública núm. 55, 1968.

PASCUA MATEO, FABIO, *Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales*, Revista de Administración Pública núm. 158, 2002.

PASCUAL GARCÍA, JOSÉ, *Régimen jurídico del gasto público*, BOE, quinta edición, 2009.

PELLICER ZAMORA. RAFAEL, *Condiciones de invocabilidad de la directiva comunitaria*, Revista de Instituciones europeas, núm. 12, enero-abril 1985.

PEMÁN GAVÍN, JUAN, *Sobre la regulación de las carreteras en el derecho español: Una visión de conjunto*, Revista de Administración Pública núm. 129, 1993.

PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, *Procedimiento legislativo y calidad de las leyes*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm.28, 1990.

PEÑA OCHOA, ALFONSO, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

PERALTA, RAMÓN, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, 1991.

PEREÑA PINEDO, IGNACIO, *El control sobre los medios instrumentales de la Administración. Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*. Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia num. 7/2007.

PÉREZ GONZÁLEZ, M. CARMEN, *Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las directivas comunitarias, (comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. Asuntos acumulados C-178/94, C-*

179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans- Jürgen Schulte, Anke Heuer, y Werner Ursula y Trosten Knor v. Bundesrepublik Deutschland*), Revista de derecho comunitario europeo, núm. 1, enero- junio 1997.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO- ENRIQUE, *Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?*, Revista de Estudios Políticos, núm. 98, 1997.

PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, “*Los consorcios*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 21, 1996.

PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS, *El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español*, en comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, coordinada por Rafael Gómez Ferrer Morant, Thomson- Civitas, 2004.

- *La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003, TJCE 2003, 138, AS.C-214/000, por el que se condena a España en materia de contratos públicos*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 585, 2003.

POMAS NADALES, ANTONIO J., “*La administración andaluza entre la modernización y el clientelismo*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

POMED SÁNCHEZ, ALBERTO, *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes*, Revista de Administración Pública, núm. 132, 1993.

POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1923.

QUICHAT REINA, EMILIO, “*Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 35, 2007.

RAZQUÍN LIZARRAGA, MARTÍN M^a, “*La transformación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra: El reto de la modernización.*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

- *Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

- *La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

- *La Ley de Contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales.* Revista de Administración Pública, núm. 186, 2011.

RECASENS SICHES, *Tratado general de filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 1959.

RIVERO GONZÁLEZ, MANUEL, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, Thomson- Aranzadi, 3^a edición, 2008.

RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, 1998.

- *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, quinta edición, 2009.

- *El expediente administrativo. De los legajos a los Soportes Electrónicos, segunda edición*, Thomson- Aranzadi, 2009.

RIVERO YSERN, ENRIQUE, *El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso administrativa y civil*, Revista de Administración Pública, núm. 67, 1972.

RIVERO, JEAN, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo*, Revista de Administración Pública, núm. 6, 1951.

ROCIÓ, C, *Modelos interpretativos del proceso de cambio de las organizaciones públicas y su posible aplicación a las administraciones autonómicas. El caso de la Administración de la Generalitat de Catalunya*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

RODRIGUEZ ARANA, JAIME, *El acto de adjudicación contractual y el fin a la vía administrativa*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 736/2007, 2007.

La prórroga de los contratos administrativos: Aproximación general, Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Civitas, 2004 .

RODRIGUEZ BOENTE, SONIA ESPERANZA, *Los principios Generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

RODRIGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMÓN, *Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público*, Revista Española de Control Externo, nº19, 2005.

RODRIGUEZ RAMOS, JOSÉ MARÍA, *Una peculiar resolución sobre la cesión ilegal de trabajadores en el seno de una Administración Pública*, Aranzadi Social núm. 19/2001.

RODRIGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, V., *Teoría y práctica de la contratación administrativa*, Revista de Administración Pública núm. 77, 1975.

ROSEMBURJ, TULIO, *El programa informático*, Revista Quincena fiscal Aranzadi núm. 21/2008, 2008.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Rango de Ley, fuerza de Ley, Valor de Ley*, Revista de Administración Pública, núm. 101-102, 1983.

SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN ANTONIO, *El contrato de ejecución de obra*, Revista de política social, núm. 71, julio- septiembre 1966.

SAINZ MORENO, FERNANDO, *Ejercicio privado de funciones públicas*, Revista de Administración Pública, núm. 100, 1983.

SAMANIEGO BORDIÚ, GONZALO, *El control del derecho comunitario de los contratos públicos*, Revista de Administración Pública, núm. 123, 1990.

- *La regulación española y europea de los contratos públicos de servicios*, en la obra colectiva coordinada por Gómez Ferrer, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, segunda edición, Thomson- Civitas, 2004.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Planificación económica y régimen político*, Revista de Administración Pública núm. 3, 1950.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de derecho mercantil I*, vigésima segunda edición, Mc Graw Hill, 1998.

SÁNCHEZ ISAC, JAIME, *La contratación en las corporaciones locales*, 1989.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos*, en comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obra coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Thomson- Civitas, 2004.

SANMARTÍN MORA, MARÍA ASUNCIÓN, *Configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007*, Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, *Principios de derecho administrativo general I*, primera edición, Iustel, 2005.

- Prólogo a *Los Principios Jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010.

SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNÁNDO, *Reflexiones sobre el desarrollo normativo del derecho comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 14, mayo- agosto 1987.

- *Las directrices de técnica normativa*, Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006.

SANTÍAS VIADA, JOSÉ ANTONIO, *La junta consultiva de contratación administrativa*, en Comentario de a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Thomson- Aranzadi, coor: Gomez Ferrer, 2004.

SARACE, D, *Tendencias innovadoras en la Administración pública y el derecho administrativo italianos*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 15, 1992.

SARMIENTO DANIEL, *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*, Cuadernos de Derecho Público, 2007.

SEBASTIÁN BACA ONETO, VÍCTOR, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, 2006.

SECO, MANUEL; RAMOS, OLIMPIA, *Diccionario español actual*, Aguilar, Madrid, 1999.

Seix, *Enciclopedia jurídica española*, Tomo XV, 1910.

SELMA PEÑALVA, ALEJANDRA, *¿Cuál es el cauce procedimental oportuno en la contratación administrativa? Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2006*, Aranzadi Social núm. 18/2006.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, *Calificación de los servicios jurídicos que presta un abogado de empresa: ¿relación laboral común o arrendamiento de servicios?. Comentario a la STS de 3 de mayo de 2005*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 8/2006, Parte Comentario, 2006.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO; QUINTANILLA NAVARRO, RAQUEL YOLANDA, *El personal laboral del sector público*, Aranzadi social, núm. 14/2007.

SERRANO ARGÜESO, MARIOLA, *La confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores*, Aranzadi Social núm. 19/2001.

SIEDENTOPF, HEINRICH, *“Investigación empírica sobre la aplicación del derecho comunitario por las Administraciones de los estados miembros”*, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 10, 1989.

SORIANO, JOSÉ EUGENIO, *El concepto de derecho administrativo y de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Revista de Administración Pública, núm. 121, 1990.

SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, 2008.

- *Juristas de la segunda república, I. Los ius publicistas*, Marcial Pons, 2009.

- *Maestros alemanes del derecho público*, segunda edición, Marcial Pons, 2005.

- *Manual de derecho local*, Aranzadi, 8ª edición, 2004.

SOSA WAGNER, FRANCISCO; FUENTES, MERCEDES, *La ley de contratos del sector público y el murciélago*, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 743/2007, 2007.

Standard & Poor`s Credit Survey 2005.

STEVENS, ANNE, “*Ética y códigos de conducta: Cuestiones actuales en la función pública Británica.*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 24, 1999.

SUAY RINCÓN, JOSÉ, *La ejecución del contrato administrativo*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson- civitas, 2004.

TARDÍO PATO, J.A, El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/92, Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006.

TIZZANO, ANTONIO, *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y de medio ambiente*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ, *La Administración contratante y los contratistas de las Administraciones Públicas*, Revista Española de Control Externo, NÚM.4, 2000.

- *La administración contratante y los contratistas de la Administración Pública*, Revista Española de Control Externo, núm. 4/2000.

TOVIAR ALAS, ELOPOLDO; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA MARÍA, Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, Revista de Administración Pública número 176, 2008.

TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL, *El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y de los jueces en su aplicación*, Revista de Administración Pública, núm. 125, 1991.

VALERO LOZANO, NICOLÁS, *Régimen Jurídico de las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Consideración especial de las tramitaciones urgente y de emergencia*, Revista de Administración Pública, núm. 142, 1997.

VÁZQUEZ DE PRADA, VALENTÍN R., *La “singularidad” de la contratación administrativa: el contrato de edición*, Revista de Administración Pública, núm. 109, 1986.

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, 1996.

VICENTE PALACIO, ARÁNTZAZU, *La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios*, Aranzadi Social, núm. 11/2002.

VIGURIA ALEGRÍA, JOSÉ- NORBERTO, Los sistemas de mejora de la contratación. Las normas de publicidad. La adjudicación, perfección y formalización de los contratos, en Comentarios de la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio), dirigida por Juan Cruz Alli Aranguren, colección pro libértate, 2008.

VILLAR PALASÍ, JOSE LUIS, *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo II*, UNED, 1974.

- *La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo*, Revista de Administración Pública nº 3, 1950.

- *La dinámica del principio de legalidad presupuestaria*, Revista de Administración Pública nº 49, 1966.

- *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de derecho. Universidad de Madrid, 1969.

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS; Y VILLAR ESCURZA, JOSÉ LUIS, *Principios de derecho administrativo I*, cuarta edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

VILLAR PALASÍ, JOSE LUIS; Y VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS, *El principio de riesgo y ventura*, en la obra colectiva coordinada por Rafael Gómez Ferrer, Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Thomson-Civitas, segunda edición, 2004.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO, “*Ciberconstitucionalismo. La TIC y los espacios virtuales*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 35, 2007.

VILLORRIA MENDIETA, MANUEL, “*El fenómeno modernizador en la Administración de la Comunidad de Madrid*”, Revista Catalana de Derecho Público, núm. 18, 1994.

VIVER PI SUNYER, CARLES, *Técnica legislativa: estat de la Qüestió i balau (provisional) d’una década*, Revista Catalana de Derecho Público, nº20, 1995.

VIYOLÉS I CASTELLS, MIGUEL, *La adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 1995.

RESUMEN:

En este trabajo se entremezclan problemas dogmáticos o doctrinales, con cuestiones prácticas, estas últimas se analizan desde dos planos diferenciados, el plano interno, relativo a los aspectos de gestión administrativa; y desde el plano externo, referente a la visión desde fuera de la estructura administrativa. Ambos planos se interrelacionan con los aspectos dogmáticos o doctrinales para conformar una unidad sistemática, que sirva para entender esta categoría contractual.

El contexto histórico en el que se desenvuelve la Administración, y el derecho administrativo, se encuentra claramente mediatizado por la contención del déficit público, siendo uno de los principales ejes estratégicos de la contención, la reducción de las estructuras burocráticas. Una de las medidas de reducción que se está aplicando, consiste en la limitación del número de funcionarios públicos.

A lo anterior, se une la expansión que ha sufrido el Estado de Bienestar en los últimos años, que ha generado una gran cantidad de recursos y de servicios a los que los ciudadanos difícilmente pueden renunciar, y que los gobernantes quieren mantener. Los dos fenómenos descritos, impulsan el uso de los tipos contractuales, que sirven como alternativa para prestar servicios a los ciudadanos, como es el caso del contrato de servicios.

Una de las principales razones que empuja al estudio de esta categoría es precisamente, que ha sido poco estudiada, se trata pues de un tipo con una gran importancia cuantitativa, pero que ha suscitado una escasa preocupación doctrinal.

La investigación debe comenzar con el estudio de los orígenes históricos del contrato, que se sitúan en el siglo pasado, bajo el cobijo de la expansión del Estado de Bienestar, y el aumento de las intervenciones de la Administración que esto supone. Lo que evidencia una falta de medios a cubrir, por medio del contrato de servicios.

Durante todo el trabajo, se analiza el influjo del derecho comunitario sobre la regulación española, por cuanto que actualmente la contratación pública se encuentra claramente dominada por esta regulación.

Una de las características históricas del contrato de servicios, es precisamente su inconsistencia dogmática, lo que aconseja realizar un esfuerzo para delimitarlo y diferenciarlo de tipos de negocios jurídicos con los que guarda o puede guardar similitudes, como el contrato de gestión de servicio público, o los contratos de colaboración público privada, los administrativos especiales o las subvenciones.

La propia naturaleza jurídica administrativa del contrato, exige analizar sus particularidades en cuanto institución propia del Derecho Administrativo, tales como el expediente de contratación, los elementos del contrato, la adjudicación, etc...

El propio contrato presenta una serie de características que lo singularizan, y que merecen un análisis independiente. Aquí encontramos los aspectos relacionados con los contratos que impliquen el ejercicio de autoridad, los servicios de defensa, la duración del contrato, o los aspectos relacionados con la cesión ilegal de trabajadores.

El vínculo que nace con la adjudicación del contrato presenta una evolución, que se ha calificado como la vida del contrato, donde se analizan las vicisitudes por las que atraviesa el vínculo hasta su extinción.

PRIMERA: El contrato de servicios es una categoría esencial, dentro del contexto histórico que vive actualmente la Administración.

Actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de cambio continuo motivado por la expansión de las nuevas tecnologías y por el fenómeno de la globalización, todo lo anterior está produciendo un cambio social. Se puede decir que el futuro cada vez es más imprevisible y cambiante. Inmerso en este proceso de movilidad social, tiene que prestar servicios la Administración, en un contexto de crisis económica y de contención del déficit público a una sociedad cada vez más exigente que demanda servicios de calidad.

Una de las principales medidas de las que se ha hecho uso para reducir el déficit público, ha sido la limitación de la tasa de reposición de efectivos en la Administración. Lo anterior, supondrá una disminución de los cuerpos de funcionarios, y que el espacio que los mismos dejen vacante se ocupe por empresas privadas.

En definitiva, los cambios que se están produciendo en el seno de la Administración, unido al carácter dinámico de la sociedad a la que presta servicios, fomentarán la externalización de servicios, que se canalizará, entre otros tipos contractuales, por medio del contrato de servicios.

La anterior tendencia a la externalización es una consecuencia de la fugacidad de los tiempos actuales, ahora en época de cambios, la Administración no quiere compromisos a largo plazo (como el que supone un funcionario), sino que busca compromisos cortos, que le permiten una más rápida reacción a corto plazo. Esto implica, no sólo un cambio de prestador, sino que parte de la razón de la existencia del funcionario (dar estabilidad e independencia a la gestión de los asuntos públicos) se vea sustituida por la fugacidad del momento (contratos con empresas).

SEGUNDA: El contrato de servicios nace bajo un contexto de aumento de las intervenciones en la sociedad de la Administración, que evidencia una carencia de medios y la necesidad de acudir al sector privado para suplirla.

Es esencial entender que la categoría de contrato del sector público, creo que es tributaria de este tiempo, siendo una consecuencia de la pluralidad de personificaciones bajo las que se manifiesta la Administración en la actualidad.

Se ha señalado un determinado momento histórico, tras el cual se encuentra un determinado contexto histórico social, en el que las necesidades que tiene la Administración, propician la aparición de la figura del contrato de servicios. Ese momento histórico, se sitúa en la década de los sesenta, coincidiendo con la intervención de la Administración en el campo económico, hecho este que genera una carencia de medios en el seno de la Administración, empujando a la creación de la modalidad contractual que se analiza en este trabajo.

Pasando al plano concreto, la aparición de la figura del contrato administrativo de servicios, como un contrato administrativo y nominado, se sitúa en el año 1974, año en el que tras una

evolución histórica dilatada, se culmina con la creación del contrato de asistencia por medio del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

A partir de ese momento, la figura se recoge con tres denominaciones diferentes (consultoría y asistencia, servicios y contrato para trabajos contrarios y no habituales) por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo la tendencia que se advierte, a partir de ahí la de la simplificación, hasta acabar recibiendo todas las prestaciones una denominación única cual es la de contrato de servicios.

TERCERA: La nueva estructura de la Ley de Contratos, hace necesario un esfuerzo conceptual previo, para entenderla mejor.

La nueva estructura que crea el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, hace que se tengan que delimitar conceptualmente nuevas categorías que crea la Ley, y que hasta ahora eran desconocidas para nuestro derecho administrativo. Tales como Contrato del Sector Público, o contrato sujeto a regulación armonizada, entre otros.

A mi modo de ver, la definición que se ha dado del contrato de servicios, por parte del legislador, se encuentra influida por la tradición decimonónica del Código civil, y por la definición que del contrato de servicios da la Directiva de Contratos. Creo que esas dos influencias que recibe la figura a la hora de definirla, son de mérito, en primer lugar, porque es de esperar que la estabilidad civil pueda contagiarse, de alguna manera, a una rama del ordenamiento tan necesitada de estabilidad como es la que integra el derecho de la contratación pública; y por otro lado, es un acierto el intento de aproximación a la noción comunitaria del contrato de servicios, ya que uno de los objetivos de la Ley es precisamente transponer el derecho comunitario al ordenamiento interno; por ese motivo, cuanto más se aproxime la transposición al concepto comunitario más fácil será evitar las desviaciones que pudieran surgir en la calificación del mismo, disminuyen el riesgo de que una calificación errónea permita eludir la aplicación del derecho comunitario. Creo que la definición es concisa y clara, acertando de lleno en la determinación del fondo del negocio jurídico.

Ya se ha apuntado la culminación del proceso de simplificación de la figura que supone la Ley de Contratos del Sector Público, al desaparecer la categoría de contrato de consultoría y

asistencia. Considero que esa desaparición es lógica, si se tiene en cuenta precisamente la influencia del derecho comunitario, en particular, el esfuerzo que se está haciendo por parte de la normativa comunitaria por buscar una unidad terminológica, que facilite a su vez la concurrencia de todos los empresarios de los países miembros al mercado de la contratación pública. No parece adecuado que se englobe bajo dos denominaciones, un tipo que en el derecho comunitario se acoge bajo una, entiendo que lo anterior tenía un cierto componente asistemático, que finalmente se ha eliminado por medio del proceso de simplificación.

En el trabajo se ha hecho uso de diferentes criterios para clasificar al contrato servicios, de todos ellos, creo que el más destacado es el que diferencia las prestaciones del contrato, en función de que prime o no el componente intelectual de la prestación. La anterior clasificación, es el resultado de analizar el núcleo que subyace en toda prestación del contrato, que no es otro que las prestaciones, o bien se encontrarán dominadas por un componente intelectual, o bien, se encontrarán dominadas por un componente material.

Finalmente, no se pierde de vista el concepto que de contrato de servicios da la legislación navarra; ni el que se da en el derecho francés, sirviendo los mismos para contraponerse con la noción que da la Ley de Contrato del Sector Público. De la noción Navarra, se puede destacar que no se denomina contrato de servicios, sino que se llama contrato de asistencia, y que el legislador navarro hace un esfuerzo (que creo que es de agradecer) por señalar quienes pueden ser los destinatarios de las prestaciones del contrato; en cuanto a la definición que se contiene en el derecho francés, en particular me gustaría destacar que en el país vecino se acoge una definición muy sencilla del contrato (quizás excesivamente sencilla), y al contrario de lo que ocurre en España, los contratos de servicios financieros son considerados como administrativos.

CUARTA: Debido a lo heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios, se trata de una figura que debe separarse conceptualmente de otras con las cuales guarda similitudes.

Se analizan las diferencias entre el contrato del sector público de servicios y otros tipos contractuales con los cuales guarda similitudes. Merece la pena destacar los criterios de diferenciación con el contrato de gestión de servicios públicos (en particular, en los servicios que pueden ser objeto de explotación económica, que son los que plantean

mayores problemas interpretativos), debido esencialmente a que en el trabajo se propone un nuevo criterio de distinción que se aparta de la línea clásica de distinción (que es la que distingue ambos tipos en función de quien sea el destinatario del servicio), creo que ese criterio está desfasado, siendo más correcto el que distingue ambos contratos en función de quién sea el titular de la explotación del servicio. Así, el contrato será de servicios si la titularidad de la explotación le corresponde a la Administración; y de gestión de servicio público, si dicha titularidad se cede al contratista.

Por otro lado, es necesario dotar al contrato de servicios del campo que le es propio, delimitándolo frente a otras figuras jurídicas, en particular, frente al ataque que se produce por medio del uso abusivo de las subvenciones, ocultando bajo las mismas contratos de servicios. La principal diferencia entre la subvención y el contrato de servicios, es que en el contrato de servicios la Administración recibe una contraprestación a cambio de las cantidades dinerarias que libera, y en la subvención la Administración no recibe contraprestación alguna, no obstante, ese criterio de distinción no puede considerarse como absoluto, siendo necesario que, en determinadas ocasiones se adopte una visión finalista, por medio de la cual se centre la distinción en el objetivo principal que se persigue con la subvención, y el que se persigue con el contrato de servicios. Resultado que cuando el objetivo principal del negocio sea el fomento, aunque exista una contraprestación accesoria para la Administración, el negocio jurídico puede calificarse como subvención.

QUINTA: Resulta esencial adaptar una visión amplia del concepto de expediente de contratación, que permita incluir dentro del mismo todas las vicisitudes que se pueden producir a lo largo de la vida del contrato.

El expediente de contratación constituye una pieza clave para entender y analizar la formación de la voluntad de la Administración, en el mismo se documenta toda la vida del contrato, cumpliendo una labor cardinal dentro del sistema de defensa de los derechos de los licitadores, ya que en él se deja testimonio de todo lo actuado, pudiendo ser consultado por todo aquel que tenga un interés legítimo en el asunto.

Durante la fase de elaboración del expediente administrativo, se van produciendo una serie de actos de contenido presupuestario, que es necesario conocer e identificar, ya que

suponen la materialización presupuestaria de las diferentes fases por las que atraviesa el procedimiento de contratación.

SEXTA: El contrato de servicios del sector público , presenta una serie de especialidades, que vienen motivadas por su propia naturaleza, que es necesario tomar en consideración para lograr un mejor entendimiento de la figura.

El artículo 301.1 del TRLCSP, prohíbe la contratación de servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Con respecto a esta prohibición, considero que es necesario realizar un despiece de las prestaciones en las que se descompone el servicio, resultando del mismo que la prohibición únicamente afectará a las prestaciones que impliquen ejercicio de autoridad, no extendiéndose a todo el servicio. Creo que con esa interpretación se amplían las opciones de gestión de las que dispone la Administración.

Por otro lado, durante los últimos años, las Administraciones españolas han vivido un fenómeno de incorporación de trabajadores, por aplicación del concepto de cesión ilegal de trabajadores que recoge el Estatuto de los Trabajadores. Frente al anterior fenómeno ha reaccionado el legislador mediante el artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, si bien, el tenor literal del precepto y su ubicación dentro del sistema de fuentes del derecho administrativo no es el más adecuado. Considero que las deficiencias de redacción, se pueden suplir mediante una interpretación histórica y finalista del citado artículo; no obstante, y al amparo de las exigencias que impone la seguridad jurídica, habría sido preferible una redacción más clara y precisa, que evitara interpretaciones que no siempre conducirán al resultado querido por el legislador.

Cuando cualquier Administración se plantea la duración de un determinado contrato de servicios, lo debe hacer sobre la base de dos variables, una consiste en tomar en consideración el tiempo que necesita el contratista para amortizar la inversión inicial que tiene que hacer para ejecutar el contrato, que evidentemente se tiene que compensar; y otro porque, tiene que establecer un plazo que no limite la concurrencia de otros licitadores.

SÉPTIMA: El contrato de gestión de autovías como máximo exponente del fenómeno de la motorización legislativa en el ámbito de la contratación pública.

A lo largo del trabajo, se encuentran reflexiones acerca de la problemática que supone la motorización legislativa en el campo de la contratación pública, viéndose como la legislación incontinente produce todo tipo de modificaciones y novedades, haciendo cambiar las categorías dogmáticas. Pero ahora se analiza un acontecimiento, cuanto menos curioso en relación con el contrato de gestión de autovías.

Abundando en lo anterior hay que señalar que la Ley de Acompañamiento de 1999 creó una nueva variante del contrato de servicios, cual es el contrato de gestión de autovías. Se trataba de un contrato con prestaciones extraordinariamente complejas, que desde un primer momento planteaba problemas de encuadre dentro del tipo contrato de servicios, no obstante el legislador –en una decisión que puede calificarse como audaz-, decidió calificarlo como contrato de servicios. Tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta que el citado contrato de servicios tiene un mejor encaje dentro de la noción que la Ley da del contrato de colaboración público privada; no obstante no se ha modificado la calificación del contrato de servicios de gestión de autovías. El anterior fenómeno lo he calificado como de cambio normativo de calificación jurídica del contrato, lo que supone que el contrato por obra de la Ley, deja de tener los contornos propios del contrato de servicios, para tener los del contrato de colaboración público privada, haciendo que la regulación se dirija hacia el nuevo tipo contractual.

OCTAVA: Del contrato de servicios nacen una serie de derechos y obligaciones, que se extienden a lo largo de la vida del vínculo y que es necesario analizar de una manera sistemática, guardando un especial respeto al derecho comunitario.

Los problemas que plantea el contrato de servicios no se agotan en conocer sus orígenes, calificarlo adecuadamente, y saber diferenciarlo de otros tipos con los que guarda similitudes, nada más lejos de la realidad. El contrato de servicios crea un vínculo que se prolonga a lo largo del tiempo, y que atraviesa por incidencias que le afectan de manera diversa.

Creo que todos los aspectos que afectan a la figura del contrato de servicios, y en particular a la vida del vínculo contractual, han de interpretarse a la luz del derecho comunitario, que es el ordenamiento de referencia en la actualidad. En particular, debe tomarse en

consideración la jurisprudencia comunitaria en materia de cesión de contratos y los límites que la misma impone y que no han tenido su correlativo reflejo en la Ley española.

Un estudio pormenorizado de la vida del contrato, conduce inevitablemente al análisis de las potestades de las que dispone la Administración sobre el contrato administrativo de servicios. Del mismo he llegado a la conclusión de que cada vez son menos diferencias entre los contratos administrativos y los civiles.

Son rasgos que evidencian esa progresión, los siguientes:

En primer lugar, la renuncia, por el legislador, al uso de instituciones propias del derecho administrativo, para sustituirlas por otras provenientes del derecho civil. En concreto hablo de la modificación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha dispuesto que los contratos administrativos se perfeccionen con la formalización (novedad sistematizada ahora en el TRLCSP). Lo anterior ha supuesto una ruptura con la tradición normativa anterior que establecía que los contratos se perfeccionaban con la adjudicación, que era un acto administrativo declarativo de derechos. La reforma supone ceder el espacio del acto administrativo (institución propia del derecho administrativo), a la formalización del contrato (institución propia del derecho civil).

En segundo lugar, la Ley de Economía Sostenible ha modificado todo el régimen jurídico del *ius variandi*, permitiendo hacer uso de esa potestad, a entidades que no tienen una forma pública de personificación. Eso supone, que una de las notas diferenciales más importantes que tenía el contrato administrativo, con respecto a los contratos civiles, se diluya permitiendo su uso a cualquier organización, ya concierte contratos administrativos o ya sean privados. Esta es la segunda línea de tensión que hace que se diluya el contrato administrativo, aproximando, en este caso, el contrato civil al público.

Las anteriores reformas se han introducido, so pretexto de transponer el derecho comunitario al ordenamiento jurídico español, pero lo que es cierto, es que el legislador comunitario no se opone a la existencia de la figura del contrato administrativo, se podría decir que, en este punto es aséptico, respetando el ordenamiento interno de los países miembros, no imponiendo la desaparición de la figura del contrato administrativo. Por lo que el proceso de repliegue que vivimos es una decisión del legislador español.

Si no tuviera tantos recelos sobre el cariz que está adquiriendo la forma de legislar en los últimos años, pensaría que estamos ante un proceso deliberado de repliegue de la figura del contrato administrativo. Pero, nada más lejos de la realidad, el legislador en materia de contratación pública, legisla al día, de una manera apresurada y asistemática. Buena muestra de lo anterior podría ser el ejemplo que se ha dado acerca de las autovías. Por lo tanto, se debe concluir que estamos asistiendo a un proceso involuntario de progresivo repliegue de la figura del contrato administrativo, y de correlativo acercamiento de esta modalidad al contrato civil.

Como he manifestado en el trabajo, no todas las reformas que se han producido y que han supuesto la difuminación de fronteras entre las dos modalidades son negativas, sino que algunas de ellas se pueden considerar lógicas o propias del tiempo en el que vivimos. En particular, la última modificación del régimen del *ius variandi*, supone un reconocimiento implícito a una realidad propia de nuestro tiempo, cual es que la Administración se oculta bajo todo tipo de ropajes, lo que hace que los intereses públicos se tutelen por entes con formas diversas, no pudiendo ser precisamente la forma de constitución un impedimento para los intereses públicos cuya tutela persiguen, siendo necesario reconocer el *ius variandi* a toda esa galaxia de entes que persiguen intereses público. Pero, independientemente de lo anterior, lo que sí que es discutible es la falta de reflexión sobre las reformas que se introducen, y el daño que las mismas producen sobre una institución como es el contrato administrativo.

NOVENA: El contrato de servicios es una figura propia de su tiempo. Muestra de la evolución que está sufriendo el derecho administrativo en la actualidad.

El contrato de servicios es una figura propia de nuestro tiempo, por medio del mismo se canaliza el proceso de adelgazamiento de las estructuras de la Administración, siendo un mecanismo de mutación o cambio de interlocutor con los ciudadanos a la hora de recibir servicios.

El estudio de esta figura nos sirve para ser testigos de la evolución propia del derecho administrativo, se puede comprobar al analizar el contrato, la influencia que la doctrina o la jurisprudencia tiene sobre la institución, de qué manera las necesidades internas de la

Administración impulsan el nacimiento de la figura, la importancia que tiene el derecho comunitario, o lo contingente que la motorización legislativa hace a las instituciones.

ABSTRACT

In this paper intermingle dogmatic or doctrinal issues with practical issues, the latter are analyzed from two planes differentiated internally on administrative management issues, and from the external level, concerning the view from outside the structure administrative. Both planes are interrelated with dogmatic or doctrinal aspects to form a systematic unity, which is relevant to understanding this category of contract. The historical context in which it operates Administration, and administrative law, is clearly mediated by the containment of the public deficit, one of the main strategic containment, reduction of bureaucratic structures. A reduction measures being applied, is limiting the number of public officials.

To the above, joins the expansion that has suffered the welfare state in recent years, which has generated a lot of resources and services to which citizens can hardly resign, and that the rulers want to keep. The two phenomena described, promoted the use of contract types that serve as an alternative to provide services to citizens, such as the service contract. One of the main reasons that pushed the study of this category is precisely that has been little studied, this is because of a guy with a great quantitative importance, but has raised little concern doctrine.

Research should begin with a study of the historical origins of the contract, which are located in the last century, under the shelter of the expansion of the welfare state, and increased management interventions that implies. It demonstrates a lack of means to cover, by means of the service contract.

Throughout the paper examines the influence of Community law on Spanish regulation, because currently public procurement is clearly dominated by this regulation. One of the historical features of the service contract, is its inconsistency dogmatic, which advised to make an effort to delimit and differentiate types of legal business with keeping or save similarities, such as the contract of public service management, or the public-private partnership contracts, the special administrative or subsidies. The administrative legal nature of the contract, requires looking at its own peculiarities in

terms of administrative law institution, such as the contract specifications, the elements of the contract, award, etc ...

The contract itself has a number of features that single out, and they deserve a separate analysis. Here we find aspects of contracts involving the exercise of authority, defense services, the duration of the contract, or the aspects of illegal transfer of workers. The link that comes with the award of the contract is an evolution, which has been described as the life of the contract, which analyzes the vicissitudes that traverses the link to extinction.

FIRST: The service contract is a key category within the historical context currently living Administration.

Currently we are engaged in a process of continuous change driven by the expansion of new technologies and the phenomenon of globalization, the above is producing social change. One can say that the future is increasingly unpredictable and changing. Immersed in this process of social mobility, has to serve the government, in a context of economic crisis and deficit containment to an increasingly demanding society that demands quality services.

One of the main measures which use has been made to reduce the public deficit has been limiting the effective replacement rate in the administration. This will mean a reduction in the officer corps and the space that they leave vacancy is filled by private companies. In short, the changes that are occurring within the Administration, together with the dynamic nature of the society it serves, promote service outsourcing, which will be channeled, among other types of contract, through service contract . The previous trend towards outsourcing is a consequence of the transience of modern times, now in times of change, the Administration does not want long-term commitments (such as representing an official), but seeks shorter commitments that will allow faster short-term reaction. This implies not only a change of provider, but part of the reason for the existence of official (give stability and independence in the management of public affairs) it is replaced by the transience of the moment (contracts with).

SECOND: The service contract is born in a context of increased interventions in the society of the administration, which shows a lack of resources and the need to go to the private sector to supply it.

It is essential to understand that the category of public sector contract, I think this is tax time, being a consequence of the plurality of personifications under which the Administration is manifested today.

It has been noted a particular historical moment, after which there is a particular social and historical context in which the needs of the Administration, lead to the appearance of the figure of the service contract. This historical moment is in the sixties, coinciding with the intervention of government in the economic field, a fact that generates a lack of resources within the administration, pushing for the creation of the type of contract to be analyzed in this work.

Turning to the concrete level, the emergence of the figure of the service contract, as a contract and nominee, is set in the year 1974, which after a long historical evolution, it culminates in the creation of the assistance contract through Decree 1005/1974, of April 4. From that moment, the figure is collected with three different names (consulting and assistance services and contract for works contracts and unusual) by Law 13/1995, of May 18, Contracts of Public Administrations, where the trend is noticed, from there the simplification, to end up getting all the benefits a designation which is the only service contract.

THIRD: The new structure of the Contract Act, requires prior conceptual effort to understand it better.

The new structure creates the Consolidated Law on Public Procurement, makes you have to define conceptually new categories that make the law, and until now were unknown to our

administrative law. Such as Public Sector contract or agreement subject to harmonized regulation, among others.

In my view, the definition that has been given the contract for services, by the legislature, is influenced by the nineteenth-century tradition of the Civil Code, and by the definition of the service contract gives Contracts Directive. I think those two factors that influence figure when defining it, are worthwhile, first, because it is expected that civil stability could spread, somehow, to a branch of the much needed stability order as is the which includes the right of public procurement and on the other hand, is a wise attempt Community approach to the notion of a service contract, since one of the objectives of the Act is precisely transpose EU law into national law, for this reason, the more closely the transposition into Community concept easier it will prevent deviations that may arise in the characterization of the same, decrease the risk of a misclassification can not preclude the application of Community law. I think the definition is concise and clear, hitting squarely in determining the merits of the transaction.

As mentioned, the culmination of the process of simplifying the figure that represents the Law on Public Procurement, the disappearance of the category of consulting and support contract. I believe that this disappearance is logical if you consider precisely the influence of Community law, in particular, the effort is being done by the Community rules by seeking a terminological unit, which in turn facilitate the attendance of all entrepreneurs of member countries to the public procurement market. It seems inappropriate that encompasses under two names, a guy who in EU law under avails, I understand that the above had some unsystematic component, which has finally been eliminated through the process of simplification.

At work we have made use of different criteria for classifying the contract services of all of them, I think the highlight is the performance difference of the contract, depending on whether or not the prime intellectual component of the benefit. The above classification is the result of analyzing the core underlying all the contract provision, which is none other than the benefits, or they find dominated by an intellectual component, or will find themselves dominated by a material component.

Finally, do not lose sight of the concept that gives service contract Navarre legislation, nor given in French law, serving them in contradistinction to the notion that gives Contract Law Public Sector. From the notion Navarra, one can note that not called service contract, but the contract called for assistance, and that the legislature makes an effort Navarre (which I think is appreciated) by noting who may be the recipients of benefits the contract, in terms of the definition contained in the French law, in particular I would like to emphasize that in the neighboring country is home to a very simple definition of the contract (perhaps too simple), and contrary to what happens in Spain, financial service contracts are considered administrative.

FOURTH: Due to the heterogeneity of the benefits of the service contract, it is a figure to be separated conceptually from others with which bears similarities.

We analyze the differences between the public sector contract and other contractual services with which bears similarities. It is worth noting the criteria of differentiation with the contract management of public services (particularly in the services that can be exploited economically, which are the most problematic interpretive), essentially because the work is proposed a new criterion of distinction that departs from the classic line of distinction (which is what distinguishes the two types depending on who the recipient of the service), I think that view is outdated, being more correct that distinguishes both contracts based who the owner of the service operation. Thus, the service contract will be if the ownership of the farm is up to the administration, and public service management, if such ownership is transferred to the contractor.

On the other hand, it is necessary to provide the service contract of the field of its own, delimiting other legal front, in particular, against the attack that occurs through misuse of subsidies, hiding under the same service contracts . The main difference between the subsidy and the service contract is that the contract administration services receives a payment in return for freeing monetary amounts, and grant the Administration does not receive any consideration, however, this criterion distinction can not be regarded as absolute, requiring that, on occasion adopt a finalist vision, through which the distinction

focuses on the main objective pursued by the grant, and pursued by the service contract . Result when the main objective is the promotion business, although there is a consideration incidental to the administration, the legal business may qualify as a subsidy.

FIFTH: It is essential to adapt a broader perspective of contract file, which allows to include within it all the vicissitudes that can occur over the life of the contract.

The tender dossier is a key to understand and analyze the formation of the will of the Administration, it is documented in the life of the contract, fulfilling a cardinal work within the system of rights of tenderers as it is left testimony of the proceeding and may be consulted by anyone who has a legitimate interest in the matter. During the development phase of the administrative record, will produce a series of acts budget content, it is necessary to know and identify as involving the budget realization of different phases that through the recruitment process.

SIXTH: The service contract public sector has a number of specialties, which are motivated by their nature, it is necessary to take into account to achieve a better understanding of the figure.

Article 301.1 of TRLCSP, prohibits the hiring of services involving the exercise of authority inherent in the government. With regard to this prohibition, I consider it necessary to make a cutting of benefits in which the service is broken, resulting in the same that the prohibition only affect the benefits that involve the exercise of authority, not extending to the whole service. I think with this interpretation extend the management options available to the administration.

On the other hand, in recent years, the Spanish authorities have experienced a phenomenon of incorporation of workers, by applying the concept of illegal transfer of workers collecting Workers' Statute. Against the above phenomenon has reacted the legislature by Article 301.4 of the Consolidated Contracts Act, although the wording of the provision and its location within the system of sources of administrative law is the most appropriate. I consider writing deficiencies, can be supplemented by a historical interpretation and finalist of that article, however, and pursuant to the requirements imposed legal certainty, would

have preferred a more clear and precise wording, and to avoid interpretations that always lead to the result intended by the legislature.

When any administration raises the duration of a particular service contract, you must do so on the basis of two variables, one is to take into account the time needed by the contractor to recoup the initial investment you need to do to perform the contract, which obviously has to be compensated, and another because, you have to set a time limit not the concurrence of other bidders.

SEVENTH: The highways management contract as the prime example of the phenomenon of motorization legislation in the area of public procurement.

Throughout the work are reflections on the problems posed legislative motorization in the field of public procurement, looking like incontinent legislation produces all kinds of changes and new features, making dogmatic change categories. But now we analyze an event, the less interesting in relation to highways management contract. Elaborating on the above it is noted that the 1999 Act Accompaniment created a new version of the service contract, which is the highways management contract. It was an extraordinarily complex performance contract, which from the outset framing posed problems within the service contract type, however the legislature-in a decision that can be described as boldly decided to qualify as a service contract. Following the entry into force of the Law on Public Procurement, is that that contract service has a better fit into the notion that the Act gives the public-private partnership contract, yet has not changed how the contract management services motorways. The above phenomenon I have described as regulatory change legal qualification of the contract, which means that the contract for construction of the Act ceases to have the contours own service contract, the contract to have the public-private partnership, with that the regulation is directed towards the new contractual.

EIGHTH: the service contract stem a number of rights and obligations, which are spread over the life of the bond and must be analyzed in a systematic manner, keeping a special respect Community law.

The problems posed by the service contract are not confined to know their origins, describe it properly, and know differentiate it from other guys that bears similarities, nothing is further from reality. The service contract creates a bond that extends over time, and going through issues that affect you differently.

I think all the issues affecting the figure of the service contract, and in particular the life of the contractual relationship must be interpreted in the light of Community law, which is the reference order today. In particular, consideration should be given EU case law on temporary contracts and the limits it imposes and who have not had their corresponding reflection in Spanish Law.

A detailed study of the life of the contract, inevitably leads to analysis of the powers available to the administration of the service contract. Just have come to the conclusion that there are fewer differences between administrative and civil contracts. These are traits that show that progression, the following: First, the waiver by the legislature, the use of administrative law own institutions to replace them from the civil law. Specifically talking about the changes introduced by Law 34/2010, of August 5, which has ruled that government contracts are perfected with the formalization (new systematized now in the TRLCSP). This has led to a break with tradition previous legislation which stated that the contracts were perfected with the award, which was an administrative act declaring rights. The reform is give up the space of the administrative (administrative law institution itself), to formalize the contract (civil law institution itself).

Second, the Sustainable Economy Act has changed the entire legal system of *jus variandi*, allowing use of that power, to entities that do not have a public form of impersonation. That means, that one of the most important differential notes that had the contract with respect to civil contracts, allowing its use dilute any organization, and into contracts either administrative or private. This is the second line of tension that makes the contract diluted

approximating, in this case, the civil contract to the public. Past reforms have been introduced under the pretext of transposing EU law into Spanish law, but what is certain is that the Community legislature did not preclude the existence of the contract figure, you could say that, in this point is aseptic, respecting the national legislation of the member countries, not by imposing the disappearance of the figure of the contract. So the process of withdrawal which we live is a decision by the Spanish legislator.

If I had many misgivings about the look that is taking the form of legislation in recent years, I would think that this is a deliberate process of withdrawal from the contract figure. But nothing is further from reality, the legislature in public procurement, legislative day, in a hurried manner and unsystematic. A good example of this would be the example that has been given on the highways. Therefore, one must conclude that we are witnessing a process of progressive involuntary withdrawal of the figure of the contract, and this modality correlative approach to civil contract.

As I stated in the job, not all the reforms that have occurred and have led to the blurring of boundaries between the two modalities are negative, but some of them can be considered logical or own time in which we live. In particular, the last amendment of the rules of *jus variandi*, constitutes an implicit recognition a reality for our times, which is that the Administration is hidden under all types of clothing, making it capable of safeguarding the public interest by entities with forms different and may not be precisely the form of constitution an impediment to public interests whose protection sought, being necessary to recognize the *ius variandi* all those Galaxy entities pursuing public interest. But regardless of this, what it does is debatable is the lack of reflection on the reforms that are introduced, and the harm they produce on an institution like the contract.

NINTH: The service contract is a proper figure of his time. Sample of evolution that administrative law is suffering today.

The service contract is a proper figure of our time, through the same channels the thinning process of government structures, with a mechanism of mutation or change of interlocutor with citizens when receiving services.

The study of this figure serves to witness the evolution of administrative law itself can be checked by analyzing the contract, the influence of the doctrine or jurisprudence has on the institution, how the Administration's internal needs drive the birth of the figure, the importance of community law, or the contingent that makes the engine legislative institutions.